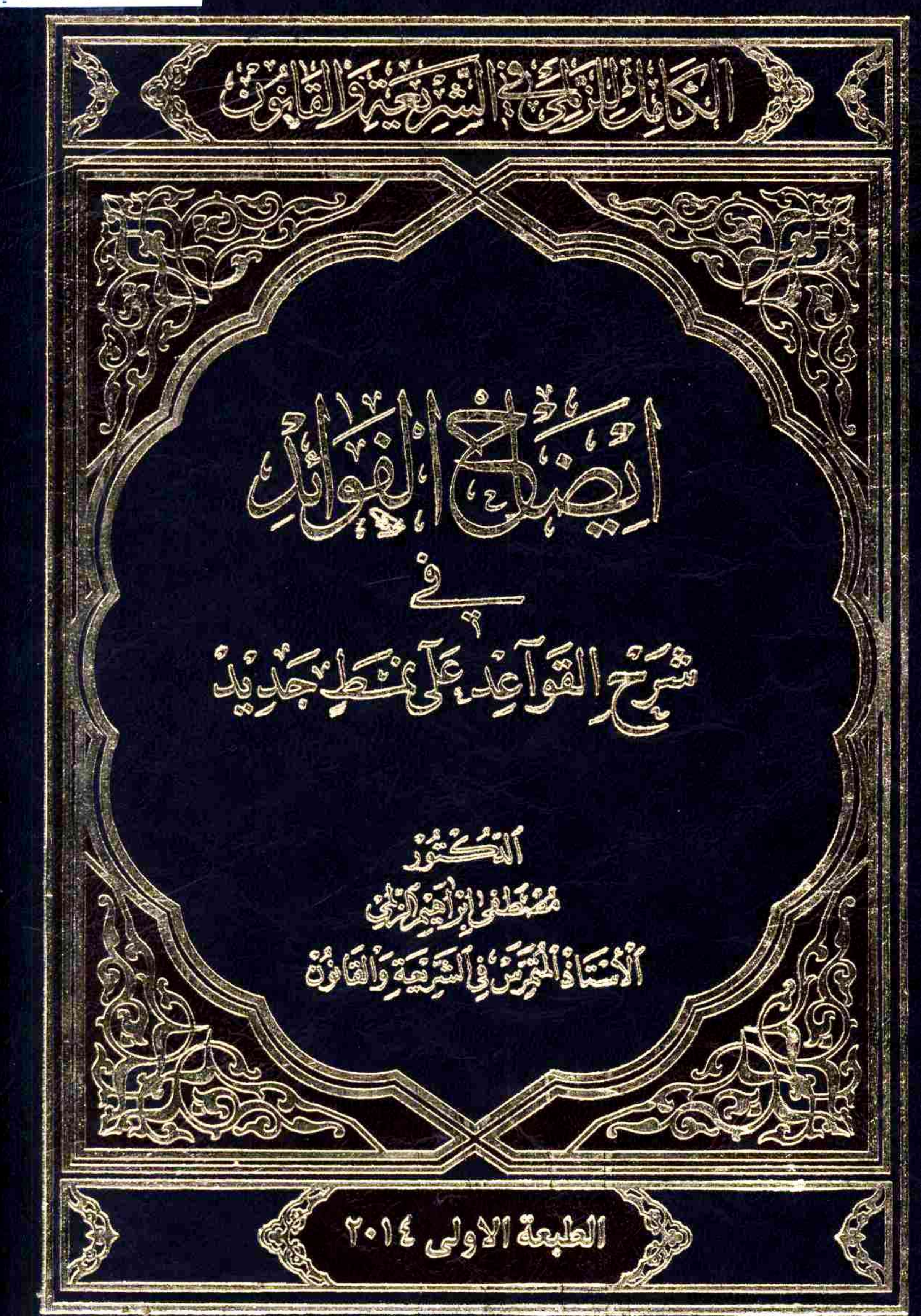

الكامل الزلمي في الشريعة والقانون
إيضاح الفوائد
في
شرح القواعد على نمط جديد
الدكتور
مصطفى إبراهيم الزلمي
الأستاذ المتمرس في الشريعة والقانون
الطبعة الاولى ٢٠١٤

إيضاح الفوائد
في
شرح القواعد
على نمط جديد

تأليف

الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي

الاستاذ المتمرس في الشريعة والقانون



دار نشر احسان
للنشر و التوزيع

ايران - طهران
شارع انقلاب امام جامعة
طهران مجتمع فروزنده
رقم ٤٠٦

تلفن: ٠٠٩٨٢١٧٧٥١٤٢٥٥
فاكس:٠٠٩٨٢١٧٧٥١٤٢٥٤

www.nashrehsan.com

ايضاح الفوائد في شرح القواعد على نمط جديد

تأليف : البروفيسور مصطفى ابراهيم الزلمي
الناشر: نشر احسان للنشر و التوزيع
الطبعة الأولى ٢٠١٤ - ١٤٣٥
مدير المشروع: ريدار رؤوف احمد
تصميم : جمعة صديق كاكه
المشرف على الطبع: ياسر يعقوبي
رقم الإيداع : ٢٨٢٣ - ٢٠١٢
رقم الدولي (ISBN) للمجموعة:
978-964-349-006-2
رقم الدولي (ISBN) للكتاب:
978-964-349-011-6

الموقع: http://zalmi.org/arabic
الايميل: dr.alzalmi@gmail.com
فيسبوك: facebook.com/dr.alzalmi

﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَٰهِـۧمُ ٱلْقَوَاعِدَ مِنَ
ٱلْبَيْتِ وَإِسْمَٰعِيلُ رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّآ
إِنَّكَ أَنتَ ٱلسَّمِيعُ ٱلْعَلِيمُ﴾

سورة البقرة/١٢٧

المحتويات

(حرف الميم)

(حرف النون)



بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمات

الحمد لله الذي نظّم مجريات الكون بقواعد موضوعية ثابتة لا تتغير بتغيُّر الأزمان والأمكنة وتصرفات الإنسان[١].

والصلاة والسلام على سيدنا محمد ﷺ، الذي قال في حقه الفيلسوف الغربي (أوغست كونت): "يا محمد! أشهد أنك لست إلهاً، ولكن بكل المعاني أسمى من البشر".

وعلى تلاميذ مدرسته الذين طبقوا قواعد القرآن العامة تطبيقاً عبّد الطريق لمسيرة من يأتي بعدهم ويقتدي بهم.

الأسباب الموجبة:

الدوافع التي دفعتني إلى تقديم هذا الجهد المتواضع-وأنا قرين فراش كسر الساق- وقد جاوزت تسعين من عمري، كثيرة، منها:

١- تصحيح الأخطاء في كثير من القواعد الفقهية التي انتشرت في الفقه الإسلامي والقانون انتشاراً خاطئاً، وانتقلت من جيل إلى جيل آخر، دون الانتباه لها.

٢- أهمية القواعد العامة في التطبيقات والاستثمار بحيث لا يستغني عنها من يروم أن يُقدّم جديدا لمن يعاصره أو يأتي بعده.

---

[١] وهذه القواعد أطلق عليها بعض فلاسفة القانون كالفيلسوف الروماني (شيشرون) مصطلح (القانون الطبيعي).

٣- الاستعانة بالقواعد العامة تكشف أحكام المستجدات العلمية والاستنتاجات الطبية التي لا نجد لها أحكاماً في المراجع الفقهية القديمة.

٤- استحالة إحاطة النصوص المتناهية بالمستجدات غير المتناهية التي تواجه الأسرة البشرية، إلا عن طريق القواعد الكلية.

٥- محاولة دراسة هذا الموضوع المهم على نمط جديد بعيدا عن الأسلوب التقليدي وخاليا عن الإيجاز المخل والتطويل الممل.

المبادئ العامة

المبادئ العامة في كل علم عشرة، من الضروري أن يطلع عليها كل من يهمه دراسة هذا العلم، قبل أن يدخل في لب موضوعه، وهي:

الاسم، والتعريف، والموضوع، والثمرة (الغاية)، والفضل (المنزلة)، ونسبته (نوعه)، وواضعه، واستمداده، وحكمه، ومسائله[1].

ونتناول بيان هذه المبادئ بإيجاز في ما يلي:

أ- اسم الموضوع: القواعد العامة:

يُطلق على هذا العلم علم القواعد العامة، أو علم الأشباه والنظائر.

ب- تعريفها :

القاعدة لغة أساس الشيء، ومنه قوله تعالى: ﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّا إِنَّكَ أَنتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ﴾[2]. وقوله تعالى: ﴿قَدْ مَكَرَ الَّذِينَ مِن قَبْلِهِمْ فَأَتَى اللَّهُ بُنْيَانَهُم مِّنَ الْقَوَاعِدِ فَخَرَّ عَلَيْهِمُ السَّقْفُ مِن فَوْقِهِمْ وَأَتَاهُمُ الْعَذَابُ مِنْ حَيْثُ لاَ يَشْعُرُونَ﴾[3].

---

[1] وقد نظمها العلامة الصبان في الأبيات الثلاثة الآتية:

إن مبادئ كل فن عشرة
الحد والموضوع ثم الثمرة
وفضله ونسبته والواضع
والإسم، الإستمداد، حكم الشارع
مسائل البعض بالبعض اكتفى
ومن درى الجميع حاز الشرفا

[2] البقرة : ١٢٧

[3] النحل : ٢٦

واصطلاحا: قضية كلية تتضمن الحكم بنسبة محمولها -إيجابا أو سلبا- إلى ما يندرج تحت موضوعها[1] من الجزئيات.

القضية: قول يحتمل الصدق والكذب.[2]

وبناءً على ذلك تكون القضية جملة كلامية متكونة من مُسند إليه يُسمى موضوعاً في علم المنطق، ومحكوماً عليه في علم أصول الفقه.

ومن مسند يُسمى محمولا في علم المنطق ومحكوماً به في الأصول وتكون موجبةً إذا كانت النسبة بالإيجاب مثل (الضَّرَرُ يُزَالُ)،[3] وسالبةً إن كانت النسبة بالسلب مثل (لَا ضَرَرَ وَلا ضِرَارَ)[4] أي لا يجوز إلحاق الضرر بالغير بدون مبرر ولا أن يُزال الضرر بمثله.

والكلية منسوبة إلى الكل، لأن أغلب القواعد مصدرة بكلمة (كل) مثل ((كُلُّ مُسْكِرٍ حَرَامٌ))[5] و((كُلُّ رَاعٍ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ))[6].

وبناءً على ذلك فإن تعريف القاعدة الكلية بأنها حكم كلّي ينطبق على جميع جزئياته أو أكثر لتعرُف أحكامها، تعريف غير صائب.[7]

عناصر القاعدة الكلية:

عناصر كل شيء تؤخذ من تعريفه، فالعنصر إذا كان جزءً من ماهية هذا الشيء يسمى ركنا، وإلا فيسمى شرطاً.

ويؤخذ من تعريفنا المذكور للقاعدة الكلية أن أركانها إثنان:[8] الموضوع والمحمول. والموضوع ما يوضع ليُحمل عليه غيره، والمحمول ما يُحمل على الموضوع.

وعلماء المنطق أجمعوا على أن أركان القضية ثلاثة: موضوع ومحمول ورابطة، أي آلة النسبة بينهما. فالقضية الحملية إذن مُسند ومُسند إليه بحسب اصطلاح علماء النحو، أو

---

[1] الموضوع هو ما وضع ليُحمل عليه شيء آخر يسمى محمولا.

[2] حاشية العلامة الشيخ حسن العطار على شرح تهذيب المنطق للشيخ عبدالله الخبيصي، ص ١٢

[3] مجلة الأحكام العدلية، م٢٠.

[4] مجلة الأحكام العدلية، م١٩.

[5] أخرجه مسلم في صحيحه، رقم ٥٠٢١٣.

[6] البخاري في صحيحه، رقم ٥٢٠٠.

[7] كما عرّفها بذلك أستاذنا الدكتور عبدالكريم زيدان، في كتابه الوجيز في شرح القواعد الفقهية،ص٩.

[8] وعند علماء المنطق أركانها ثلاثة: الموضوع والمحمول والرابطة بينهما، وهي قد تكون فعلا وقد تكون اسما وقد تكون حرفا.

محكوم عليه ومحكوم به بحسب اصطلاح البلاغيين، أما في اصطلاح المناطقة فالمسند إليه هـو الموضـوع، سواء كان مبتدأً أو فاعلاً أو ما هو قائم مقام أحدهما. والمسند هو المحمول سواء أكان خبراً أو فعلاً أو ما هو قائم مقام أحدهما.

ونحن نتمشى على الاتجاه الذاهب إلى أن أركان القاعدة إثنان:

الركن الأول: وهو الموضوع أو المحكوم عليه، وهو الذي وضـع ليُحمـل عليـه الحكـم أو ليُحكم عليه، كالمشقة في قاعدة (المشقة تجلب التيسير) والضـرر في قاعـدة (الضـرر يُـزال) واليقين في قاعدة (اليقين لا يرتفع إلا باليقين).

الركن الثاني: المحمول أو المحكوم به، وهو ما حُمل على الموضوع أو أخبر بـه عنـه، أو أُسند إليه، كإثبات التيسير للمشقة والإزالة للضرر، وقد يقع المحمول اسماً كقولهم في قاعدة (العرف محكّم)، و(الأمور بمقاصدها).

شروط أركان القاعدة:

لركني القاعدة شروط كالآتي:

أ- شروط الموضوع:

ويشترط في الموضوع توفر الشرطين التاليين:

١- **التجريد**: وهو أن تكون القاعدة مشتملة على حكم مجرد عن الارتباط بجزئية معيّنة، بأن يكون الحكم الذي تقوم على أساسه القاعدة موضوعياً جامعاً مستوعباً صـالحاً للانطباق على كل أو أغلب الجزئيات المعلولة بعلته. وعلى سبيل المثـل فـإن قاعـدة (الضرر يزال) لا تعني ضرراً معيناً في واقعة خاصة، بل المراد كل ضرر ينطبق عليـه صفات الضرر الذي أمر الشارع بإزالته، كما أنه لا يتناول شخصاً بعينه.

٢- **العموم** (أو الاستيعاب): والمراد بالعموم في القاعدة هو أن موضوع القضية لابد أن يتناول جميع أفراده الذين ينطبق عليه معناه.

وعموم القاعدة مترتب على تجريد موضوعها.

ب- شروط المحمول:

يشترط فيه توافر الشروط الثلاثة الآتية:

أحدُها أن يكون حكماً مشروعاً، وهذا الشرط نابع من طبيعة القاعدة، على أساس أنها قضية كلية شرعية عملية، فلابد أن يكون الحكم فيها مشروعاً.

والثاني أن يكون حكماً باتاً غير متردد فيه، وذلك لأن التردد يُجرد القاعدة من طبيعـة

الحكم ويُفقدها قوتها والامتثال لهذا الحكم.

والثالث الاضطراد، وهو لغة التتابع والاستمرار، واصطلاحاً ما يوجب الحكم لوجود العلة، وهو التلازم في الثبوت، لأن الأصل في القاعدة أن يكون انطباق الحكم على جزئياتها مستمراً ومتتابعاً، كلما حدث من الحوادث ما هو نظير جزئياتها. وقد يتخلف بعض الجزئيات، فيُنقل الحكم إلى الأغلبية بدلاً من الاضطراد.

وجدير بالذكر أن ما ذكرنا شروط عامة مشتركة بين جميع القواعد، وفي نفس الوقت لكل قاعدة شروط خاصة لتطبيقها، كالجريمة فإن لها أركاناً عامةً مشتركة بين جميع الجرائم، ولكن لكل جريمة أركانها الخاصة.[1]

وكذلك قاعدة (المشقة تجلب التيسير) مثلا، لا تُطبق إلا بعد تحقق شروطٍ أهمها:

١- أن تكون المشقة فيها حقيقية.

٢- أن تزيد على المعتاد.

٣- أن لا يؤدي بناء الحكم عليها إلى تفويت ما هو أهم من ذلك.

٤- أن لا يكون للشارع مقاصد من التكليف بهذه المشقة.

ج- موضوعها:

القواعد العامة من حيث أنها موصلة إلى معرفة الأحكام الفقهية المتناظرة للمسائل الجزئية المتشابهة: هي تلك الجزئيات المتناظرة.

د – اهميتها (غايتها):[2]

لرعاية تطبيق القواعد العامة على النصوص وفي الاجتهادات أهمية كبيرة في عدة مجالات، منها ما يلي:

١- الإحاطة والإلمام بالقواعد العامة من أهم المؤهلات المكتسبة لأهلية الاجتهاد، لأنها بمثابة النظريات في القانون الوضعي، فهي تؤهل العالم بها لكشف كثير من أحكام الجزئيات من المستحدثات في الحال وفي المستقبل.

---

[1] ينظر في هذا الموضوع (التعريفات للجرجاني) ص١٤١.
(الإستثناء في القواعد الفقهية) للأستاذة سعاد أوهاب بنت محمد الطيب، ص٥٨ ومايليها.

[2] والمراد بعمومية القاعدة هو أن الحكم الوارد فيها يشمل جميع ما يندرج تحت موضوعها.

٢- الإلمام بالقواعد العامة من أهم وسائل علاج داء تحجُر العقل لدى أصحاب العقول المتحجرة المتمسكة بالتعصب الأعمى لمذهب معيّن والتقيُّد به مدى الحياة في جميع الأحكام الشرعية، بحيث ينتقل من جيل إلى جيل آخر، كما هو المتّبع في هذا العصر.

٣- القاعدة العامة من أهم وسائل التخلص من التعصب المذهبي والتجرّد من الخلط بين الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي.

٤- القاعدة العامة في الشريعة الإسلامية وفي الفقه الإسلامي بمثابة النظرية العامة في القوانين تُعالج أحكام ما يندرج تحتها من الجزئيات وتشمل فهم أحكام الجزئيات بدون حاجة إلى التتبع والتفحص عن إدراك أحكام كل جزئية بمفردها.

٥- القاعدة العامة في كل علم ضابطة لضبط ما يندرج تحتها وما لا يندرج، فهي بمثابة تعريف جامع مانع لأحكام ما تشملها القاعدة.

٦- القاعدة العامة قانون كسب النتائج من مقدماتها وأدلتها ومصادرها.

٧- القاعدة العامة حُجة يحتج بها كل عالم ضد خصمه في المسائل الخلافية.

٨- القاعدة العامة من أهم وسائل الاستمرارية على رأي معيّن وعدم التذبذب بين الإيجابية تارة والسلبية تارة أخرى.

٩- إن الشلل الذي أصاب الفقه الإسلامي في جموده وعدم تحركه وسيره مع سير التطور البشري، في الحياة كان من النتائج السلبية لعدم استخدام القواعد العامة والاعتماد على التقليد في كل صغيرة وكبيرة، وفي كل زمان ومكان.

١٠- إن القاعدة وسيلة لنبذ التعصب الأعمى لكل قديم والتنكر (في جمود) لكل جديد، وعامل مساعد على الأخذ بأصالة القديم وفعالية الجديد.

١١- القاعدة العامة وسيلة فعالة لترجيح رأي على رأي آخر في المسائل الفقهية الخلافية بين الفقهاء والمذاهب.

١٢- القاعدة العامة تُشحِذ الذهن وتُدرّبه على التفكير والتحليل والتعليل والاستنتاج، وتُنوِّر الطريق أمام العقل وتعصمه عن الخطأ في التفكير والاستنتاج.

١٣- من الواضح أن النصوص متناهية من حيث الكمية وغير متناهية من حيث النوعية والمضمون والتطبيق، والمطاطية التي أعطت هذه الشريعة الإسلامية الخالدة مرونةً تجعلها صالحة لكل زمان ومكان، بحيث تُقدّم الحلول لكل ما حدث في الماضي ويحدث في الحاضر والمستقبل.

ومن الواضح أن القرآن الكريم-وكذلك السنة النبوية- اقتصر على الكليات والقواعد العامة، لأن كل نص من نصوصه هي قاعدة عامة، وخوّل العقل البشري في زهاء (٥٠) آية قرآنية بالتحرك لكشف أحكام الجزئيات من المستحدثات العلمية والاكتشافات الطبية التي هي تنتظر أحكامها في ضوء تلك القواعد العامة.

ولكن في نفس الوقت صنع القرآن الكريم للإنسان المجتهد دائرة أخلاقية وأمره بأن تكون تحركاته لمعرفة أحكام جزئيات المستحدثات في كل زمان ومكان داخل تلك الدائرة الأخلاقية.

١٤- لولا القواعد الفقهية العامة، لبقيت فروع الأحكام الفقهية متناثرة مشتتة من الصعب الإحاطة بها ومعرفة أحكام كل جزئية.

١٥- القواعد الفقهية توفّر على الفقيه وقته وجهده وعمره، لأن دراستها وحفظها أيسر طريق لمعرفة المسائل الجزئية، أما الفروع فهي كثيرة من الصعب حفظ حكم كل فرع وجزئية على حدة.

١٦- لقد كثرت مشاكل الحياة وتعقدت المعيشة وضعفت الهمم، فأدت الحاجة في الإحاطة بالفروع والجزئيات إلى الاستعانة بالقواعد العامة التي تحوي تلك الفروع والجزئيات لمعرفة أحكامها.

١٧- إن بمقدور الفقه الإسلامي أن يقدّم عن طريق قواعده العامة الحل الأوفق لمشاكل الإنسان الحضارية لكل زمان ومكان.

وفي ختام بيان أهمية القواعد العامة، أودّ أن أشير إلى أنه بعد خبرة اكتسبتها من تعلم وتعليم الفقه الإسلامي زهاء (٧٠) سنة، بالإضافة إلى القانون خلال أكثر من (٥٠) سنة، والمقارنة بين الفقه الإسلامي في جميع مذاهبها والقانون الوضعي لدول كثيرة، وصلت إلى نتيجة وهي:

أن التمييز بين الحلال والحرام في المعاملات المالية وغيرها يرجع إلى القاعدتين العامتين التاليتين:

إحداهما هي: أن كل ما فيه نفع الفرد والمجتمع أو كليهما، يكون جائزا في القرآن، ما لم يكن هذا النفع على حساب ضرر الغير.

والثانية هي: أن كل ما فيه ضرر الفرد أو المجتمع أو كليهما حرام في ضوء القرآن، ما لم يترتب على هذا الضرر الخاص نفع عام للمجتمع، وعلى سبيل المثل إن عقاب

الجاني ضرر له ولأسرته ولمجتمعه، لكن مشروعية هذا العقاب أقرّتها الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية لما يترتب عليه من مصلحة عامة، وهي حماية أرواح الأبرياء وأعراضهم وأموالهم وأمنهم واستقرارهم.

وقد استنتجت هاتين القاعدتين من القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلاَّ رَحْمَةً لِلْعَالَمِينَ﴾[1] لأن هذه الآية الكريمة حصرت وظيفة الرسالة المحمدية في المصلحة البشرية، حيث أن الرحمة بمعنى المصلحة، والمصلحة ذات جانبين، الجانب الإيجابي وهو استجلاب المنفعة (أو المنفعة المستجلبة)، والجانب السلبي وهو درء المضرة (أو المضرة المستدرأة)، سواء كانت هذه المصلحة مادية أو معنوية، دنيوية أو أخروية. وبناءً على هذه الآية الكريمة، فإن كل ما فيه منفعة الفرد أو المجتمع أو كليهما جائز في القرآن الكريم، ما لم يترتب عليه ضرر أو خسارة للغير.

وكل ما فيه ضرر الفرد أو المجتمع أو كليهما فهو غير جائز، ما لم يترتب على هذا الضرر نفع عام، كما سبق في عقاب الجاني، لأنه لولا العقوبة التي هي ضرر في حد ذاتها، لتجاوز الأقوياء على حقوق الأبرياء، ولأصبح الإنسان خاضعاً لقانون الغاب متتبّعاً لتأمين مصالحه الشخصية على حساب مصالح الآخرين.

هـ- استمدادها:

القواعد الفقهية تُستمد من القرآن الكريم والسنة النبوية وآثار الصحابة وأقوال الفقهاء وغيرها، أما بقية أنواع القواعد فهي تُستمد من مصادرها المناسبة لها حسب طبيعتها ووظيفتها.

وفيما يلي إيضاح موجز لأنواع الاستمداد بحسب مصادره.[2]

١- **القرآن الكريم**: ومن القواعد المستمدة منه قاعدة (المشقة تجلب التيسير). ومن مصادرها في القرآن الكريم، قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللّهُ أَن يُخَفِّفَ عَنكُمْ ...﴾[3] وقوله تعالى: ﴿...يُرِيدُ اللّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلاَ يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ...﴾[4] وقوله تعالى: ﴿...وَمَا

---

[1] سورة الأنبياء/١٠٧

[2] لمزيد من التفصيل يُنظر مصادر القاعدة الفقهية، للأستاذ الدكتور حمزة أبي فارس.

[3] النساء : ٢٨

[4] البقرة : ١٨٥

جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ...﴾[1] وقوله تعالى: ﴿لاَ يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلاَّ وُسْعَهَا﴾[2].

٢- **السنة النبوية**: ومن القواعد المستمدة منها، قاعدة (الأمور بمقاصدها)، وهي مستمدة من قول الرسول(ﷺ): ((إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله، فهجرته إلى الله ورسوله، وَمَنْ كَانَتْ هِجْرَتُهُ لِدُنْيَا يُصِيبُهَا أَوْ امْرَأَةٍ يَنْكِحُهَا فَهِجْرَتُهُ إِلَى مَا هَاجَرَ إِلَيْهِ)).[3]

٣- **الإجماع**: ومن القواعد المستمدة من الإجماع قاعدة: (لا اجتهاد في مورد النص)[4] وكذلك قاعدة (الاجتهاد لا يُنقض بالاجتهاد).[5]

٤- **قول الصحابي**: ومن القواعد المستمدة من أقوال أصحاب الرسول(ﷺ): ((من عطّل أرضاً ثلاث سنين لم يُعمّرها، فجاء غيره فعمّرها، فهي له)).[6]

٥- **القياس**: من القواعد المستمدة من القياس قاعدة (ما حرم استعماله حُرم اتخاذه).[7] وقاعدة (ما حرم أخذه حرم إعطاؤه).[8]

٦- **الاستحسان**: وهو استثناء بعض المسائل الجزئية من القاعدة الكلية لضرورة أو مصلحة أو عرف أو نحو ذلك. ومن القواعد المستمدة منه قاعدة (تضمين الأجير المشترك).[1]

---

[1] الحج : ٧٨

[2] البقرة : ٢٨٦

[3] رواه البخاري ومسلم وابوداود والترمذي وابن ماجة ونسائي عن عمر بن الخطاب. هذا الحديث متفق عليه، أخرجه الأئمة المذكورة إلاّ الموطأ.
((حَدَّثَنَا الْحُمَيْدِيُّ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ الزُّبَيْرِ قَالَ حَدَّثَنَا سُفْيَانُ قَالَ حَدَّثَنَا يَحْيَى بْنُ سَعِيدٍ الْأَنْصَارِيُّ قَالَ أَخْبَرَنِي مُحَمَّدُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ التَّيْمِيُّ أَنَّهُ سَمِعَ عَلْقَمَةَ بْنَ وَقَّاصٍ اللَّيْثِيَّ يَقُولُ سَمِعْتُ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عَلَى الْمِنْبَرِ قَالَ سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى فَمَنْ كَانَتْ هِجْرَتُهُ إِلَى دُنْيَا يُصِيبُهَا أَوْ إِلَى امْرَأَةٍ يَنْكِحُهَا فَهِجْرَتُهُ إِلَى مَا هَاجَرَ إِلَيْهِ))

[4] أصول الكرخي، ص٨٥

[5] المنثور للزركشي ٩٣/١.

[6] الخراج ليحيى بن آدم ص٩١ فقرة ٢٨٨.

[7] الأشباه والنظائر للسيوطي، ص١٥٠، القاعدة ٢٦.

[8] المرجع السابق، قاعدة ٢٧.

٧- **الاستصحاب**: وهو الحكم على الشيء بما كان ثابتاً له أو كان منفيا عنه، ما لم يقم دليل على خلاف ذلك. ومن القواعد المستمدة منه قاعدة (الأصل براءة الذمة).

٨- **الإباحة الأصلية**: من القواعد المستمدة منه (الأصل إباحة الأشياء النافعة).

٩- **الترجيح**: وهو تغليب أحد دليلين متعارضين على الآخر للعمل به. ومن القواعد المستمدة من الترجيح قاعدة (إذا تعارض المانع والمقتضي، يُقدم المانع).[٢]

١٠- **رفع الحرج**: وهو كل ما يؤدي إلى مشقة زائدة في البدن أو النفس أو المال، حالاً أو مآلاً، ومن أهم القواعد المستمدة منه قاعدة (ترك القياس في موضع الحرج والضرورة جائز).[٣]

١١- **سد الذرائع**: أي منع الوسائل المشروعة التي تؤدي إلى غايات غير مشروعة. ومن القواعد المستمدة منه قاعدة (مَنْ استَعْجَلَ الشَّيْءَ قَبْلَ أوَانِهِ عُوقِبَ بِحِرْمَانِهِ).[٤]

١٢- **الاحتياط**: وهو طلب الأحظ والأخذ بأوثق الوجوه، أو ترك ما يريب المكلف إلى ما لا يُريبه. ومن القواعد المستمدة منه قاعدة (إذا اجتمع الحلال والحرام، غُلِّب الحرام).

١٣- **التضاد**: الضد هو المخالف والمنافي، وإذا قام أحد الضدين بموضوع لم يقُم الآخر به، لذلك قيل: إن الضدين صفتان مختلفتان تتعاقبان على موضوع ولا يجتمعان لكن يرتفعان، كالسواد والبياض، والتهور والجبن. ومن أهم القواعد المستمدة من هذا الأساس (مَا جَازَ لِعُذْرٍ بَطَلَ بِزَوَالِهِ)[٥]، (إذَا زَالَ الْمَانِعُ عَادَ الْمَمْنُوعُ)[٦].

١٤- يمر القياس الذي هو قاعدة من قواعد أصول الفقه من حيث الاستمداد بأربع مراحل، وهي:

---

[١] وهو من يعمل لاكثر من واحد. ويُنسب الحكم بتضمين الأجير المشترك إلى سيدنا علي بن أبي طالب. وعلى سبيل المثل (المقاول مسؤول عن تلف المواد الإنشائية التي تحت يده وتعود ملكيتها إلى صاحب المشروع).

[٢] المنثور للزركشي ١/٣٤٨.

[٣] القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير، علي أحمد الندوي، ص٢٠٥.

[٤] القواعد لابن رجب، ص١٤٧، قاعدة ١٠٢.

[٥] مجلة الأحكام العدلية، م٢٣.

[٦] مجلة الأحكام العدلية، م٢٤.

أ- تخريج المناط[1]: وهو الوقوف والاطلاع على علة الحكم التي أناطه بها الشارع، وهي كما ذكرنا مقصد من مقاصد الشريعة، من ضروريات الحياة أو حاجياتها أو تحسينياتها. وهذه العلة قد تكون منصوصة وقد تكون مستنبطة.

١/ العلة المنصوصة: وهي التي دل عليها النص صراحة أو ضمناً، فحماية حياة الإنسان مقصد من مقاصد الشريعة وجعلت علة لوجوب القصاص ودل عليها صراحة قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَاْ أُولِيْ الأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾[2]، وإذا تأكد من ذلك المجتهد في وجوب القصاص بالنسبة للقاتل الواحد الثابت بقوله تعالى: ﴿أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾[3] وُسِّعَ هذا النص عن طريق العلة حتى يشمل القصاص أكثر من واحد إذا شاركوا في قتل واحد لنفس العلة (حماية أرواح الأبرياء) كما فعل ذلك الخلفاء الراشدون، والعمل بالقياس في الجنايات في مثل هذا المقام عمل بالنص، فلا يتعارض مع قاعدة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص).

٢/ العلة المستنبطة: وهي التي لم يرد ذكرها صراحة (عبارة) في نص الحكم ولكن المجتهد يستنبطها من طبيعة الحكم ومن موضوعه، كحماية الأموال جعلت علة العقوبة للسرقات، ويستنبطها المجتهد من المقارنة بين آية: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾[4] وبين آية: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُواْ أَيْدِيَهُمَا جَزَاء بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِّنَ اللّهِ وَاللّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾[5]، وجعلت

---

[1] المناط مصدر ميمي بمعنى اسم المكان وموضع النوط أي التعليق والربط وهو مأخوذ من ناطه به أي علقه وربطه به. وأطلقه الأصوليون على العلة لأن الشارع الحكيم ناط الحكم بها وعلقه عليها وأضافه إليها. قال الغزالي، المستصفى ٢/٢٣٠ (ونعني بالعلة في الشرعيات مناط الحكم أي ما أضاف الشرع الحكم إليه وناطه به ونصبه علامة عليه). وفي كلام الغزالي أيضاً خلط بين السبب والعلة، لأن ما جعله الشارع علامة على الحكم هو السبب دون العلة كالسرقة جعلت علامة على وجوب القطع وهي سبب لهذا الوجوب وعلته حماية الأموال.وكذلك خلط بينهما في كتابه شفاء العليل، تحقيق الدكتور حمد الكبيسي، ص٤٥٦

[2] سورة البقرة ١٧٩.

[3] سورة المائدة ٤٥.

[4] سورة النساء ٢٩.

[5] سورة المائدة ٣٨.

أيضاً علة لوجوب التعويض إضافة إلى العقوبة الأخروية أو الدنيوية التعزيرية بالنسبة لكل من يأكل أموال اليتامى ظلماً وبدون مبرر شرعي، ويستنبط المجتهد[١] هذه العلة من سياق قوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَاراً وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيراً﴾[٢]، ثم عن طريق القياس على الأكل يوسع النص حتى يشمل كل سبب آخر من أسباب إتلاف الأموال كالإحراق وغيره في الحكم المذكور، ما دامت العلة واحدة وهي حماية الأموال وبصورة خاصة أموال اليتامى لعجزهم عن الدفاع عنها.

ب- **تحقيق المناط**: بعد المرحلة الأولى (تخريج المناط) يأتي دور تحقيق المناط والتأكد من توفر العلة في المقيس[٣]، فالمجتهد بعد أن ينتهي من تخريج علة حرمة المعاشرة الزوجية من قوله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى فَاعْتَزِلُواْ النِّسَاء فِي الْمَحِيضِ وَلاَ تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىَ يَطْهُرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللّهُ إِنَّ اللّهَ يُحِبُّ التَّوَّابِينَ وَيُحِبُّ الْمُتَطَهِّرِينَ﴾[٤]، ويتأكد من أن العلة هي حماية صحة الزوجين، يبدأ بالمرحلة الثانية (تحقيق المناط) وهي التأكد من ثبوت هذه العلة في حالة دم النفاس[٥]، ثم يوسع النص المذكور عن طريق القياس حتى يشمل حالة دم النفاس أيضا في حرمة المعاشرة الزوجية في الحالتين (الحيض والنفاس)، مادامت العلة واحدة فيهما وهي حماية الصحة بدفع الأذى والمضرة[٦].

---

[١] وهذا لا يتعارض مع اعتبار نص حكم المقيس عليه عاماً عموماً عقلياً.

[٢] سورة النساء ١٠.

[٣] ولا تشترط في العلة ولو كانت مستنبطة أن تكون من اصل مقطوع بحكمه إذ يجوز القياس على ما ثبت حكمه بدليل ظني كخبر الواحد ولا يشترط أيضاً القطع بوجود العلة في الفرع لأن القياس إذا كان دليلا ظنيا فلا يضر كون مقدماته أو شيء منها ظنيا، شرح الكوكب المنير، المرجع السابق ٢٩٨.

[٤] سورة البقرة ٢٢٢.

[٥] هو دم يعقب الولد بعد الولادة.

[٦] قال الشوكاني إرشاد الفحول، ص٢٢٢(تحقيق المناط:أن يقع الاتفاق على علية وصف بنص أو إجماع فيجتهد في وجوده في موضوع النزاع –المقيس-كتحقيق أن النباش سارق،أو أن اللواط زنى كما قال البعض بهذا القياس)، ولكن هذا الكلام من الشوكاني وغيره خلط بين الأصل والفرع – أو بين المقيس عليه والمقيس-فالنباش سارق والنبش صورة من صور السرقة لأنه اخذ مال الغير في حرز

ج- **تنقيح المناط**[1]: بعد حصول المجتهد على علة حكم الأصل وتأكده من وجودها في الفرع، يأتي دور التنقيح أي استبعاد تأثير الفروق الموجودة بين الأصل والفرع على إلحاق الثاني بالأول في الحكم، كالفروق الموجودة مثلاً بين المعدنين النفيسين (الذهب والفضة) من جهة وبين جميع العملات المعدنية والورقية المتداولة في العالم والتي حلت محلهما في التعامل والقوة الشرائية من جهة أخرى.

فالمجتهد عندما يقيس هذه العملات على الذهب والفضة في حرمة الكنز وعدم الاستثمار وعدم الإنفاق. ووجوب دفع الزكاة، والالتزام بوفاء الديون منها وغير ذلك. فإنه يتولى في نفس الوقت إثبات أن الفوارق الموجودة بين المقيس عليه والمقيس لا تكون حجر عثرة أمام هذا القياس ولا تؤثر عليه، ومن تلك الفوارق أن قيمة المعدنين مستمدة من ذاتهما في حين أن قيمة العملات مستمدة من قوة سيادة الدولة ومن قانونها وواقعها الاقتصادي واستقرارها السياسي وغير ذلك مما له الصلة بقيمة هذه العملات وقوتها الشرائية.

د- **تثبيت دوران الحكم مع المناط**: بعد اجتياز المجتهد المراحل الثلاث السابقة، يأتي دور إثبات دوران الحكم المراد إثباته للفرع (المقيس) مع العلة المشتركة بين المقيس والمقيس عليه وجوداً وعدماً، وإنجاز هذه المرحلة الأخيرة يعني إكمال القياس وإثبات حكم الأصل للفرع الذي كان مجهول الحكم، لأن القياس ليس إلا الاستدلال بعلة حكم مسألة (الأصل) الثابت بالنص على ثبوت هذا الحكم لمسألة (الفرع) أخرى تتوافر فيه هذه العلة.

مثله خفية مع القصد الجنائي، وكلاهما يتضمن علة واحدة وحكمة واحدة وهي حماية الأموال، واللواطة زنى لأنها إيلاج فرج في فرج محرم مشتهى طبعاً وكلاهما يتضمن علة واحدة وحكمة واحدة هي حماية الأعراض من الهتك.

[1] التنقيح لغةً: التهذيب والتخليص. وقال البيضاوي (عبدا لله بن علي) (في اصطلاح الأصوليين بيان المستدل إلغاء الفارق بين الأصل والفرع ليتعين المشترك بينهما للعلية، وبذلك تنقيح المناط عبارة عن إلغاء الفوارق بين المقيس عليه والمقيس ببيان عدم تأثيرها على القياس).

وقال الشوكاني، إرشاد الفحول ٣٢١ (التنقيح لغةً: التهذيب والتمييز وعند الأصوليين إلحاق الفرع بالأصل بإلغاء الفارق بأن يقال: لا فرق بينهما إلا كذا، وذلك لا مدخل له في الحكم فيلزم اشتراكها في الحكم لاشتراكهما في موجبه).

وتُستنتج من الأسس المذكورة قاعدة: (القياس حجة كاشفة لحكم موضوع لم يرد بشأنه نص خاص).[1]

١٥- **الاستقراء:** هو الحكم على كلّيّ لوجوده في جميع جزئياته أو أكثرها، ففي الحالة الأولى يُسمى استقراءً تاماً وفي الثانية يُسمى استقراءً ناقصاً. والذي يُهمنا هنا هو الاستقراء الناقص، لندرة الاستقراء التام، فهو الحكم على الكلّيّ بما حُكم به على بعض جزئياته.[2] وعلى سبيل المثل يُستدل بالإستقراء الناقص على أن السبب الرئيس لارتكاب الجريمة في الجنايات وحوادث الطلاق في الأحوال الشخصية هو السبب الاقتصادي.

ومن هنا نستطيع أن نستحدث قاعدة: الفقر سبب رئيس لارتكاب جرائم القتل والسرقات، كما أنه سبب فعال في الشقاق بين الزوجين المؤدي إلى ظاهرة الطلاق.

وهناك مصادر أخرى كثيرة لاستمداد القواعد العامة، ونكتفي بهذا القدر.

و- حكمها التكليفي:

العلم بالقواعد العامة حكمه التكليفي فرض كفاية على سكان كل إقليم من الأقاليم الخاضعة للحكم الإسلامي، لغرض معرفة المستجدات في تلك الأقاليم، فإذا تعلمه البعض تعلماً كافيا، سقطت المسؤولية عن الكل، وإلاّ فالكل آثمون ومسؤولون أمام الله وأمام مجتمعهم، وبوجه خاص في هذا العصر الحاضر المتطور، عصر الاكتشافات العلمية والطبية التي لم تكن موجودة في العصور الماضية حتى يتولى فقهاء تلك العصور بيان أحكامها.

ومن الخطأ الجسيم لدى علماء الدين اللجوء إلى المراجع الفقهية القديمة للوصول إلى معرفة أحكام تلك المستحدثات والمستجدات من المكتشفات العلمية والطبية.

ولا بأس في الاستعانة بالمراجع الفقهية القديمة لاستنتاج قاعدة عامة يستعين بها المستنتج على حكم القضية المكتشفة الجديدة.

ولكن حكم تعلم القواعد العامة يكون فرض عين بالنسبة للفقيه الذي يتولى الاجتهاد والمفتي المسؤول عن الإفتاء والقاضي المطبق للنصوص، لأن كل واحد من هؤلاء لا يستطيع

---

[1] يَنظر مؤلفنا (أصول الفقه في نسيجه الجديد) ص١٦١ ومايليها.

[2] التعريفات للسيد شريف علي محمد الجرجاني، ص١٨.
المعجم الفلسفي، للدكتور جميل صليبا، ص٧١.

أن يؤدي وظيفته بوجه سليم عادٍ كافٍ وافٍ إلاّ عن طريق استخدام القواعد الفقهية المناسبة للموضوع في حالات غياب النص.

ز- منزلتها:

إن علم القواعد أشرف العلوم بعد علم التوحيد، كما يشهد بذلك الرسولﷺ في قوله: ((مَنْ يُرِدْ اللَّهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ فِي الدِّينِ))[1]. فالتفقه في الفروع أساسه الرئيس القواعد العامة، وهي تتجدد بتجدد الزمان وتختلف باختلاف المكان، والإحاطة بجزئيات تلك المستجدات لا تكون إلا بالقواعد العامة.

ح- مسائلها:

القواعد الباحثة عن أحوال الفروع من حيث التطبيق والاستثمار.

ط- نسبتها:

القواعد الفقهية نوع من أنواع علم الفقه، وكذا قواعد كل علم نوع من أنواعه، ويأتي تفصيل هذا الموضوع بإذن الله.

ي- واضعها:

بدأت صياغة القواعد الفقهية ثم تدوينها بعد أن دُوِن الفقه الإسلامي وأخذ يُدرّس في الحلقات العلمية وتظاهر على تأليفها وتنقيتها رجال الفقه وبوجه خاص أهل التخريج والترجيح، ويُعدُ الإمام أبو طاهر الدباس من فقهاء الحنفية في القرن الثالث الهجري بما وراء النهر أول مدون لهذا العلم، حيث ردّ جميع مذهب أبي حنيفة إلى سبع عشرة قاعدة فقهية، وكان ضريرا (بصيرا) ويُكررها في كلّ ليلةٍ بمسجده بعد صلاة العشاء حين يفرغ المسجد من المصلين.[2]

---

[1] رواه البخاري في صحيحه، كتاب العلم.

[2] نقل السيوطي أنه حكى القاضي ابو سعيد الهروي أن بعض أئمة الحنفية بهراة، الإمام أبا طاهر الدباس إمام الحنفية بما وراء النهر، رد جميع مذهب أبي حنيفة إلى سبع عشرة قاعدة، فسافر إليه وكان أبو طاهر ضريراً، وكان يكرر كل ليلة تلك القواعد بمسجده بعد أن يخرج الناس منه، فالتفّ

ولما سمع بذلك أبو سعيد الهروي من فقهاء الشافعية، سافر إليه فـألتف بحصـير بعـد أن خرج الناس وأغلق أبو طاهر باب المسجد وسمع من تلك القواعد سبعاً ثم أحسّ بـه الـدباس وأخرجه من المسجد، ولما بلغ ذلك القاضي حسينا، ردّ جميع مذهب الشافعي إلى أربع قواعد وهي:

١- اليقين لا يزول بالشك.
٢- المشقة تجلب التيسير.
٣- الضرر يُزال.
٤- العادة مُحَكّمةٌ.

ويلاحظ أن قاعدة: (الْيَقِينُ لَا يَزُولُ بِالشَّكِّ) خطأ شائع، والصواب (الـيقين لا يرتفـع إلا باليقين)، كما يأتي تفصيل ذلك في محله. وكذلك قاعدة: (الْعَادَةُ مُحَكَّمَةٌ) خطـأ، والصـواب (العرف مُحَكَّم) كما نبيّنه حين البحث عن هذه القاعدة الخاطئة.

ثم أُضيفت إليها خامسة وهي: الأمور بمقاصدها، استنادا إلى قول الرسول(ﷺ) ((إِنَّمَـا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ)) [1].

وقال العلائي [2] وهذا الحديث حسن جداً، فقد قال الشافعي واحمد بـن حنبـل وأبـو داود والدار قطني وغيرهم، رحمهم الله، يدخل في هذا الحديث ثلث العلم.[1] والسر في هـذا الكـلام

الهروي بحصير وخرج الناس وأغلق أبو طاهر المسجد وسرد من تلك القواعد سبعاً، فحصلت للهروي سعلة فاحسّ به أبوطاهر، فضربه وأخرجه من المسجد، ثم لم يُكررها فيه بعد ذلك، فرجع الهروي إلى أصحابه وتلا عليهم تلك السبع. قال القاضي أبو سعيد: فلما بلغ قاضي حسينا ذلك، جمع مـذهب الشافعي في أربع قواعد وهي:

١- اليقين لا يزول بالشك. ٢- المشقة تجلب التيسير.
٣- الضرر يُزال. ٤- العادة محكمةٌ

يُنظر الأشباه والنظائر ١/٧

[1] ((وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى، فَمَنْ كَانَتْ هِجْرَتُهُ إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ فَهِجْرَتُهُ إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ، وَمَنْ كَانَتْ هِجْرَتُهُ إِلَى دُنْيَا يُصِيبُهَا أَوْ امْرَأَةٍ يَنْكِحُهَا فَهِجْرَتُـهُ إِلَـى مَـا هَـاجَرَ إِلَيْـهِ)) متفـق عليـه.. صحيح البخاري رقم الحديث(٥٤)

[2] قواعد العلائي في الفروع للشيخ صلاح الدين الحافظ أبي سعيد خليل بن كيكلدي الدمشقي الشافعي (ت٧٦١هـ)، تحقيق الدكتور الشيخ مصطفى البنجويني، أطال الله عمره.

هو أن وسائل التعليم والتعلم في جسم الإنسان ثلاثة: اليد، واللسان، والقلب، والنيّات وظيفة القلب.

لكن في إرجاع جميع ما ذهب إليه الشافعي إلى أربع قواعد أو خمس، تَكَلُّفٌ ومبالغة لا مبرر لهما.

وقد أرجع البعض[٢] كل الفقه إلى اعتبار المصالح المستجلبة ودرء المفاسد، بل إلى المصالح وحدها، لأنها من الناحية الإيجابية جلب المنافع، ومن الناحية السلبية درء المفاسد.

وفي رأينا المتواضع إن هذا الاتجاه هو الصحيح المعقول المتفق مع الحصر الوارد في قوله تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلاَّ رَحْمَةً لِلْعَالَمِينَ﴾[٣] لأن الرحمة في هذه الآية الكريمة هي المصلحة البشرية الإيجابية والسلبية، المادية والمعنوية، الدنيوية والأخروية. وأن كل حكم شرعي كُلِّف به الإنسان يجلب له النفع أو يدرء عنه الضرر، وهذه المصالح هي بالنسبة للشريعة الإسلامية مقاصد، وبالنسبة للأسرة البشرية مصالح، واختلاف علماء أصول الدين في أن أحكام الله مُعللة بالأغراض أو غير معللة، خلاف عقيم لا مبرر له، لأن هذه العلل الغائية لا ترجع إلى الله الغني المطلق عن العالمين، وإنما هي لمصلحة الإنسان وحده، فهي بالنسبة إلى مصادر هذه الأحكام تُسمى مقاصد، وبالنسبة إلى الإنسان تسمى المصالح والأغراض والغايات والنتائج والأهداف ونحو ذلك.

---

[١] كسب العبد يقع بقلبه ولسانه وجوارحه، لذا يُعد الحديث ثلث العلم، لأن النية عمل القلب. والنية قسمان: نية متعلقة بالعبادة ونية متعلقة بالمعبود، وبالأولى نميز العبادة من بعضها، وبالثانية نفرد الله بالعبادة.

[٢] كالأستاذ عزالدين بن عبدالسلام في كتابه قواعد الأحكام ومصالح الأنام ١١/١

[٣] سورة الأنبياء/١٠٧

تدوين القواعد الفقهية
حسب التسلسل التاريخي

وقد قام نخبة من علماء المسلمين بتدوين القواعد الفقهية الإسلامية، منهم:

١- أصول الكرخي، تأليف أبي الحسن عبيدالله بن حسين بن دلاّل الكرخي الحنفي (ت٣٤٠هـ). (الأصول التي عليها مدار فروع الحنفي).

٢- تأسيس النظر، تأليف: عبدالله بن عمر بن عيسى القاضي أبي زيد الدبوسي الحنفي (ت٤٣٠هـ).

٣- أسس النظائر الفقهية، لأبي الليث السمرقندي (ت٥٥٢هـ)، وهو من فقهاء الحنفية.

٤- القواعد في فروع الشافعية، تأليف جابر محمد، معين الدين أبي حامد بن ابراهيم الجاجرمي الشافعي (ت٦١٣هـ).

٥- أصول الجامع الكبير للملك المعظم عيسى الأيوبي، (ت٦٢٣هـ).

٦- القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير للإمام جمال الدين الحصري (ت٦٣٦هـ).

٧- تخريج الفروع على الأصول للإمام أبي المناقب شهاب الدين محمود بن أحمد الزنجاني الشافعي (ت٦٥٦هـ).

٨- قواعد الأحكام في مصالح الأنام (القواعد الكبرى)، لأبي محمد عزالدين بن عبدالعزيز بن عبدالسلام السلمي الشافعي (ت٦٦٠هـ).

٩- قواعد الشرع وضوابط الأصل والفرع للخلاطي، أبي الفضل محمد بن علي بن الحسين الشافعي (ت٦٧٥هـ).

١٠- أنوار البروق في أنواء الفروق، لشهاب الدين أبي العباس، أحمد بن أبي علا إدريس بن عبدالرحمن الصنهاجي القرافي (ت٦٨٤هـ)، واشتهر هذا الكتاب لدى العلماء والطلاب بـ(فروق القرافي من فقهاء المالكية). وقد علّق على هذا الكتاب مصححاً ومستدركا، سراج الدين قاسم بن عبدالله الأنصاري المالكي المعروف بإبن الشاط، وهو على الوجيز (ت٧٢٣هـ).

١١- المُذهّب في ضبط قواعد المذهب للإمام محمد بن عبدالله بن راشد البكري المالكي (ت٦٨٥هـ).

١٢- القواعد الكبرى في فروع الحنابلة تأليف الطوفي، نجم الدين سليمان بن عبدالقوي الحنبلي (ت٧١٦هـ)، وفي رواية (ت٧١٠هـ).
١٣- الأشباه والنظائر للإمام صدرالدين محمد بن عمر الشافعي الشهير بابن الوكيل (ت٧١٦هـ).
١٤- القواعد النورانية الفقهية لابن تيمية، أحمد بن عبدالحليم (ت٧٢٨هـ).
١٥- ابن رجب، أبو الفرج عبدالرحمن بن رجب الحنبلي (ت٧٥٠هـ)، (القواعد في الفقه الإسلامي).
١٦- القواعد لأبي عبدالله المقري (ت٧٥٨هـ).
١٧- قواعد العلائي، لصلاح الدين أبي سعيد خليل بن كليكبري الديمشقي الشافعي (ت٧٦٠هـ).
١٨- الأشباه والنظائر تأليف تاج الدين عبدالوهاب بن علي السبكي الشافعي (ت٧٧١هـ).
١٩- ابن المطهر الحلي (ت٧٧١هـ)، إيضاح الفوائد في حل مشكلات القواعد.
٢٠- العاملي، أحمد بن مكي الشهير المعروف بالشهيد الأول (ت٧٨٦هـ)، (القواعد والفوائد في الفقه والأصول العربية).
٢١- الزركشي، بدرالدين بن محمد بن عبدالله الشافعي (ت٧٩٤هـ)، (المنشور في ترتيب القواعد الفقهية).
٢٢- تقرير القواعد وتحرير الفوائد المشهور بالقواعد للعلامة ابن رجب الحنبلي، (ت٧٩٥هـ).
٢٣- القواعد في الفروع لعلي بن عثمان الغزي، الملقب بشرف الدين الحنفي (ت٧٩٩هـ).
٢٤- القواعد والفوائد الأصولية لإمام ابن لحام (ت٨٠٣هـ).
٢٥- الحلي، مقداد بن عبدالله السيوري (ت٨٢٨هـ)، (نضد القواعد الفقهية على مذهب الإمامية).
٢٦- ابن عبدالهادي (ت٩٠٩هـ)، (القواعد الكلية والضوابط الفقهية).
٢٧- السيوطي، جلال الدين عبدالرحمن الشافعي (ت٩١١هـ)، (الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعي).
٢٨- الونشريسي، أحمد بن يحيى (ت٩١٤هـ)، (إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك).

٢٩- العاملي، زين الدين علي بن أحمد الجبعي (ت٩٦٥هـ)، (تمهيد القواعد الأصولية والعربية لتخريج فوائد الأحكام الشرعية).
٣٠- ابن نجيم، الشيخ زين العابدين بن ابراهيم بن نجيم الحنفي (ت٩٧٠هـ)، (الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة).
٣١- تعليقات على الأشباه والنظائر للمولى محمد بن محمد المشهور بـ(جوي زاده)، (ت٩٩٥هـ)
٣٢- غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر، لشهاب الدين احمد الحموي الحنفي (ت١٠٩٨هـ).
٣٣- الخادمي، أبو سعيد بن مصطفى (ت١١٧٦هـ)، (مجامع الحقائق).
٣٤- التراقي، أحمد بن محمد أبو ذر الإمامي (ت١٢٤٤هـ)، (عوائد الإمام في مهمات أدلة الأحكام).
٣٥- مجموعة القواعد لإبراهيم بن محمد القيصري الحنفي الشهير بـ(كوزى يوك زاده)، (ت١٢٥٢هـ)
٣٦- مجلة أحكام العدلية العثمانية، وضعت على أيدي لجنة من كبار الفقهاء في عهد السلطان الغازي عبدالعزيز خان العثماني، ١٢٨٦هـ.
٣٧- الفرائد البهية في القواعد والفوائد الفقهية لمحمود بن محمد بن نسيب بن حسين المعروف بابن حمزة الحسيني الديمشقي، (ت١٣٠٥هـ).
٣٨- البنجوري، ميرزا حسن الموسوي (ت١٣٩٥هـ)، (القواعد الفقهية).
٣٩- قواعد الفقه للشيخ العلامة المحدث الفقيه المفتي محمد عميم الإحسان المجددي البنغلاديشي، (ت١٤٠٧هـ).
٤٠- القواعد الكلية للدكتور احمد الحجي الكردي.

وهناك قواعد فقهية أخرى لم أطلع على تأريخ وفاة مؤلفيها، ولذلك اكتفيت بهذا القدر.[1]

---

[1] للإطلاع على القواعد الفقهية الأخرى وشروحها وتعليقاتها، يراجع:
القواعد الفقهية الكلية الخمس الكبرى وبعض تطبيقاتها على مجتمعنا المعاصر للأستاذ محمد بن مسعود بن سعود العميري الهذلي. ص١٢٥ ومايليها.
وموسوعة القواعد الفقهية للدكتور محمد صدقي أحمد، ١٠٣/١ ومايليها.

مسميات القواعد من حيث المقاصد

لكل علم قواعد تختلف تسمياتها باختلاف أغراضها ومقاصدها كما يلي:

١- إذا كانت مصدراً للحكم الشرعي تُسمى (قاعـدة شرعية نصـية)، كقولـه تعـالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ﴾.[1]

٢- إذا كانت مصدرا لحكم قانوني تُسمى قاعدة (قانونية نصـية)، مثـل (كـل تصـرف مُنصب على العقار باطل إذا لم يُسجل في دائرة التسجيل العقاري).[2]

٣- إذا كان الغرض منها معرفة نظائر الفروع وأشباهها، تسمى قاعدة فقهية، لذا يُطلق على القواعد الفقهية مصطلح (الأشباه والنظائر)، مثل قاعدة (الاجتهاد لا يُـنقض بالاجتهاد- أو بمثله).[3]

٤- إذا كانت عادة مقبولة لدى العقول مستقرة في النفوس مرعية في التصرفات بسبب تكررها في مجتمع ما، تسمى قاعدة عرفية، مثل (العادة مُحكّمة) والصواب (العُرف محكّم).

٥- إذا كان الغرض منها الاستعانة بهـا في اسـتنباط الأحكـام الشـرعية مـن أدلتهـا التفصيلية بوساطة قواعد إجمالية، تُسمى (قاعدة أصولية)، مثل (كـل عـام يُعمـل بعمومه ما لم يقم دليل على تخصيصه).

٦- إذا كان الغرض منها حفظ اللسان مـن الخطـأ في الـتلفظ بـالكلام أو في التعـبير، تسمى (قاعدة نحوية)، مثل (كل فاعل مرفوع وكل مفعول به منصوب وكل مضاف إليه مجرور).

---

١ سورة النساء/ ١٢

٢ قانون التسجيل العقاري النافذ (م٣) وقانون المدني العراقي النافذ (م٥٠٨). بإستثناء الوصية فهـي لا يُشترط لصحتها تسجيلها في هذه الدائرة لأنها تصرف غير لازم، يجوز للموصي الرجـوع عنهـا في حياته.

٣ أي بالنسبة للماضي، حيث قد يُنقض بالنسبة للمستقبل، وكذا ينقض إذا كان مخالفا لـنص أو نظـام عام أو آداب عامة.

٧- إذا كان الغرض منها الإحاطة بمشتقاتها، تسمى (قاعدة صرفية)، مثل (فعل الماضي والمضارع مشتقان من مصدرهما).

٨- إذا كان الغرض منها عصمة الذهن عن الخطأ في التفكير حين كسب المجهولات من المعلومات، تسمى (قاعدة منطقية)، مثل (المنتج في القياس الاستثنائي الاتصالي وضع المُقدم ورفع التالي).[١]

٩- إذا كان المقصود منها تنظيم حياة مجتمع تُسمى (قاعدة قانونية).

١٠- إذا كان المقصود منها التخطيط والتصميم للسلطة العامة تسمى (قاعدة دستورية)، مثل (التملك العقاري محظور على غير العراقيين، إلا ما استثني بالقانون).

١١- إذا كان المراد بها ضبط الأعمال الجرمية وعقوباتها تسمى (قاعدة جنائية)، مثل (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص).

١٢- إذا كان الغرض منها معرفة حكم من أحكام العلاقات المالية، تُسمى (قاعدة مدنية)، مثل (كل التزام باطل إذا لم يكن له سبب شرعي).

١٣- إذا كان المراد منها تنظيم علاقات يكون أحد أطرافها الدولة بصفتها ذات سيادة، تُسمى (قاعدة إدارية)، مثل (لكل مواطن حق التظلم أمام المحكمة الإدارية).

١٤- إذا كان المراد منها معرفة حكم من أحكام العلاقات الأسرية تسمى (قاعدة الأحوال الشخصية)، مثل: ((الثَّيِّبُ تُسْتَأْمَرُ فِي نَفْسِهَا وَالْبِكْرُ تُسْتَأْذَنُ)).[٢]

١٥- إذا كان المراد بها بيان حكم الإيمان بالله تسمى (قاعدة اعتقادية)، مثل: (الإيمان بالله واجب عقلي قبل أن يكون واجبا شرعيا).

---

١ فوضع المقدم يُنتج وضع التالي، ورفع التالي يُنتج رفع المقدم، مثل لو كان المتهم هو الجاني لاستحق العقاب، لكنه هو الجاني فيستحق العقاب، ومثل لو ثبت غش الطالب في الإمتحان لاستحق الفصل، لكنه لم يستحق الفصل فلم يثبت غشه.

٢ صحيح مسلم ١٠٣٦/٢ أي ان الثيب يجب أخذ اذنها وموافقتها صراحة على الزواج، ولكن البنت يُكتفى بسكوتها الذي يدل على الرضا ضمناً، لأنها قد تستحي من النطق بالإذن صراحةً.

١٦- إذا كان المراد بها بيان المفاضلة في الحسنات والأعمال الخيرة، تُسمى (قاعدة أخلاقية)، مثل قول الرسول (ﷺ): (أفضل الناس أنفعهم للناس) وفي رواية أخرى (خير الناس أنفعهم للناس).[1]

١٧- إذا كان الغرض منها بيان معيار اقتصادي، تسمى (قاعدة اقتصادية)، كما في قوله تعالى: ﴿وَلاَ تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَى عُنُقِكَ وَلاَ تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبَسْطِ فَتَقْعُدَ مَلُومًا مَحْسُورًا﴾[2].

١٨- إذا كان المراد بها بيان غاية أو هدف عمل إرادي، تُسَمّى (قاعدة فلسفية)، مثل (الهدف من تنفيذ العقوبة إصلاح الجاني).

١٩- إذا كان المراد بها بيان ماهية الشيء أو تمييزه من غيره، تسمى (قاعدة تعريفية) كتعريف الجريمة بأنها محظور معاقب عليه.

٢٠- إذا كان الغرض منها تنظيم المعاملات المصرفية، تُسمى (قاعدة مصرفية)، مثل (نسبة فوائد البنوك يجب أن لا تزيد عن ٧%).

---

١ وهذا الكلام ينسب الى الرسول ﷺ. رواه القضاعي في مسند الشهاب عن جابر (حسن) انظر حديث رقم: ٣٢٨٩ في صحيح الجامع.

٢ سورة الإسراء/ ٢٩.. هذه الآية الكريمة توجه الإنسان إلى أن يتصرف في أمواله تصرفا بعيدا عن البخل والتبذير.

القاعدة الشرعية والقاعدة الفقهية

للقاعدة الشرعية مفهومان، عام وخاص.

فالقاعدة الشرعية بمفهومها العام تشمل القاعدة الفقهية، لأن المفروض أن كل قاعدة فقهية صائبة قاعدة شرعية، حيث تُبين الأحكام الشرعية لما يندرج تحت موضوعها من الجزئيات، فالنسبة بينهما العموم والخصوص المطلق.

فالقاعدة الشرعية بمفهومها الخاص عبارة عن كل نص من نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية، والنسبة بينها وبين القاعدة الفقهية العموم والخصوص من وجه، يجتمعان في حكم شرعي خاص، ويفترقان في حكم فقهي إذا كان الفقيه مخطأً في اجتهاده. وتتحقق القاعدة الشرعية بدون القاعدة الفقهية في الأحكام الاعتقادية والأخلاقية والكونية والعبرية.

ويترتب على ذلك ما يأتي:

أ- القاعدة الفقهية قد تكون نصية، مثل (لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ) كما تكون اجتهادية مثل (الْيَقِينُ لَا يَزُولُ بِالشَّكِّ) والصواب (اليقين لا يزول إلا باليقين).

ب- القاعدة الشرعية مصدر الحكم والقاعدة الفقهية وسيلة معرفة الأحكام للجزئيات المندرجة تحت موضوعها.

ج- القاعدة الشرعية عامة ملزمة لكل إنسان، بينما القاعدة الفقهية قد تكون خاصة بمذهب معين ولا تكون ملزمة لنفس المذهب ولا لمذهب آخر ولا لمقلده.

د- القاعدة الشرعية مصونةً عن الخطأ والتعديل والتبديل، لأن مصدرها وحي إلهي، بخلاف القاعدة الفقهية، فهي قد تكون خاطئة وقد تكون صائبةً وقد تكون صالحة لزمن وغير صالحة لزمن آخر، فيجب تعديلها أو تبديلها حسب تطور المصالح، لأن مصدرها اجتهاد الإنسان في موضوع المصالح، شأنها شأن القاعدة القانونية.

القاعدة الشرعية النصية والقاعدة القانونية

وهاتان القاعدتان تتفقان من أوجه وتختلفان من أوجه أخرى.

أ/ أوجه الشبه:

١- كل منهما تستهدف مصلحة الإنسان عن طريق تنظيم حياته.
٢- كل منهما مجردة وعامة.
٣- كل منهما ملزمة.
٤- كل منهما مقترنة بالجزاء لمن يخالفها.
٥- في التفصيلات والجزئيات تلتقيان في تطبيقات كثيرة في الحياة العملية.
٦- الشريعة قد تكون مصدرا للقانون بنسب متفاوتة في قوانين البلاد الإسلامية وغير الإسلامية.
٧- كثير من الأحكام القانونية في البلاد غير الإسلامية لا تتعارض مع الشريعة الإسلامية.

ب/ أوجه الاختلاف:

تختلفان في كثير من الأمور الجوهرية، أهمها ما يأتي:
١- القاعدة الشرعية النصية مصدرها الوحي. والقاعدة القانونية مصدرها عقل الإنسان واجتهاده.
٢- القاعدة الشرعية النصية غير قابلة للتعديل والتبديل والإلغاء، بخلاف القاعدة القانونية، فإنها قد تُلغى وقد تُعدّل، سواء كانت نصية أو اجتهادية، وذلك في ضوء متغيرات الحياة ومستلزماتها وتطورها من حيث المصالح.
٣- عمومية القاعدة الشرعية أوسع بكثير من عمومية القاعدة القانونية، فالأولى تخاطب الأسرة البشرية كافة، كما قال تعالى: ﴿تَبَارَكَ الَّذِي نَزَّلَ الْفُرْقَانَ عَلَى عَبْدِهِ

لِيَكُونَ لِلْعَالَمِينَ نَذِيرًا﴾[1]، والثانية تخاطب مجموعة من أفراد داخل إقليم معين لدولة معينة ذات سيادة لا تسري على من يكون خارج هذا الإقليم، إلا في حالات استثنائية محددة بالقانون.

٤- جزاء القاعدة الشرعية كما يكون سلبيا (عقاباً) يكون إيجابياً(ثواباً)، قال تعالى: ﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَه، وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَه﴾[2]. بينما جزاء القاعدة القانونية سلبي غالباً، فلا يُكافأ إنسان في بلد لم يرتكب جريمة في حياته.

٥- جزاء القاعدة الشرعية دنيوي وأخروي، بينما جزاء القاعدة القانونية دنيوي فقط، ويتوقف على إثبات الجريمة أمام القضاء، وإلا فيُحكم ببراءة المتهم، لأن المتهم بريء حتى تثبت إدانته.

٦- القاعدة القانونية لا تحكم إلاّ الظاهر، فلا تدخل في أعماق القلوب ولا يخضع لها كل ما في باطن الإنسان ما لم يخرج إلى عالم الوجود وحيز الظاهر، في حين أن القاعدة الشرعية، كما تحكم الظاهر، تحكم الباطن أيضا فيما يخضع لإرادة الإنسان، قال تعالى: ﴿وَإِنْ تُبْدُوا مَا فِي أَنفُسِكُمْ أَوْ تُخْفُوهُ يُحَاسِبْكُمْ بِهِ اللَّهُ﴾[3]. وفلسفة ذلك هي أن الإسلام يريد من الإنسان أن يكون ظاهره مطابقا لباطنه ويكون قلبه نظيفا في التعامل مع غيره، ومن ادّعى أن هذه الآية منسوخة بآية: ﴿لاَ يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلاَ وُسْعَهَا﴾[4]، فقد أخطأ خطأً جسيماً، لأن مكنونات الإنسان يُحاسب عليها إذا كانت خاضعة لإرادته كالحسد والبغض وكتم الشهادة ونحو ذلك، بخلاف ما لا يخضع لإرادة الإنسان، كالغرائز الباطنية اللاإرادية، مثل التنفس وعمل الجهاز الهضمي ونحو ذلك، فآية ﴿لاَ يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلاَ وُسْعَهَا﴾ مخصصة مُخرجة لما لا يدخل تحت سلطة الإرادة، فالزعم المذكور خلط بين النسخ والتخصيص.

٧- مجردية القاعدة القانونية عليها استثناءات حسب الصفة والمراكز السياسية، كالأشخاص الذين يتمتعون بالحصانة الدبلوماسية، كرئيس الدولة وأعضاء البرلمان وأعضاء هيئة السلك الدبلوماسي ونحو ذلك.

---

[1] سورة الفرقان/ ١

[2] سورة الزلزلة/ ٧-٨

[3] سورة البقرة/ ٢٨٤

[4] سورة البقرة/ ٢٨٦

بينما القاعدة الشرعية لا توجد فيها أي استثناء لأي إنسان أياً كان مركزه الاجتماعي أو السياسي. حيث قال تعالى: ﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَه، وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَه﴾[1]. فلفظ (من) في هذه الآية من صيغ العموم، فهي تفيد العموم لذاتها، فتشمل كل ذكر وأنثى، وكل راعٍ ورعيةٍ، وكل سياسي ودبلوماسي، بدون أي استثناء لمسؤولية الإنسان إذا ارتكب عملا مخالفا للقانون أو الشرع أو النظام العام أو الآداب العامة.

---

[1] سورة الزلزلة/ ٧-٨

القاعدة الفقهية الاجتهادية والقاعدة القانونية

وهما تختلفان من أوجه وتتفقان من أوجه أخرى.

أ/ أوجه الاختلاف:

تختلفان في أمور جوهرية، أهمها ما يلي:

١- القاعدة الفقهية الإسلامية الاجتهادية لها كيان مستقل لم تتأثر بأي قانون ولم تُؤخذ من أي قانون أو فقه غير إسلامي، ومن زعم تأثرها بالقاعدة القانونية الرومانية فقد أخطأ كما يأتي بيان ذلك، لعدم وجود أية صلة بين أئمة المذاهب الفقهية الإسلامية ممن استحدثوا القاعدة الفقهية، وبين القاعدة القانونية الرومانية أو غيرها من حيث المكان والزمان واللغة، وما نجده من التشابه في بعض القواعد والأحكام الفقهية وما ورد في مدونة (جستنيان) من القواعد الرومانية، إنما هو ناتج عن التشابه في الاستنتاج الاجتهادي العقلي، لأن عقول جميع الناس متقاربة في كثير من الأمور من حيث الإدراك والاجتهاد والخبرة.

٢- القاعدة الفقهية الإسلامية مصادرها مستقلة عن مصادر القاعدة القانونية، لأن مصادرها الأصلية القرآن والسنة النبوية، ومصادرها التبعية الكاشفة هي المصلحة والقياس والاستحسان والاستصحاب والذرائع وغيرها من المصادر التبعية الكاشفة للحكم الشرعي في النصوص الشرعية من القرآن والسنة النبوية، بينما مصادر القاعدة القانونية التشريع الوضعي والعرف ومتطلبات ومستلزمات حياة المجتمع الذي يخضع لهذا القانون أو ذاك.

٣- القاعدة الفقهية الإسلامية تتطلب أن يكون كل من يتولى استحداثها أن يتوفر فيه جميع شروط الاجتهاد، بخلاف القاعدة القانونية فإن أكثر علماء القانون الذين يساهمون في إعداد مشروع القانون واستحداث القواعد القانونية ليسوا من أهل الاجتهاد بالمعنى الصحيح.

٤- أحكام القاعدة الفقهية الإسلامية كما تنظم علاقة الإنسان مع الإنسان، تتولى أيضا تنظيم علاقة الإنسان مع ربه، بخلاف أحكام القاعدة القانونية، فإنها لم ولن تتطرق لهذا الجانب إلا نادرا.

٥- أحكام القاعدة الفقهية الإسلامية مشبعة بالأخلاق، لأن مصدرها الرئيس هو الشريعة الإسلامية المهتمة بجانب العقيدة والأخلاق، بخلاف أحكام القاعدة القانونية، فإنها غالبا لا تُعير الأهمية للجانب الأخلاقي. ففي بعض قوانين الدول العربية والإسلامية لا يُعاقب الإنسان على ارتكاب جريمة الزنا، إذا كان الزانيان بالغين عاقلين راضيين غير متزوجين.

ب/ أوجه الشبه:

رغم الاختلافات المذكورة، فإنه توجد الصلة بين القاعدتين الفقهية والقانونية من أوجه متعددة، أهمها ما يلي:

١- كل من القاعدة الفقهية الإسلامية الاجتهادية والقاعدة القانونية معرضة لأن يقع فيها القصور، لأن العقل الاجتهادي فيهما هو العقل البشري الذي هو قاصر بالنسبة لبعض الأمور المستقبلية ولو كان ناضجاً ومارّاً بالخبرة، فهو لا يُحيط بالعلم بكل ما يحدث في المستقبل من المتغيرات ومستلزمات الحياة.

٢- كل منهما قد يقع فيها الخطأ، لأن كل مجتهد كما يكون مصيبا في اجتهاده وآرائه، قد يكون مخطئاً أيضاً، وقد نص الرسول العظيم ﷺ على ذلك في قوله: ((إذا حكم الحاكم[١] فأجتهد فأصاب فله أجران[٢]، وإذا حكم فاجتهد وأخطأ فله أجرٌ))[٣]. أي أجر واحد على بذل جهوده.

٣- كل منهما تستهدف تحقيق مصلحة الإنسان من جلب نفع له أو دفع مضرة عنه.

٥- القاعدة الفقهية الإسلامية مصدر غالبا للقواعد القانونية المتأثرة بنسبة تتراوح بين (٥٠-١٠٠٪)، لأن بعض القواعد القانونية في البلاد الإسلامية مأخوذة من القواعد الفقهية الإسلامية ١٠٠٪، كما في القواعد القانونية للأحوال الشخصية في جميع البلاد العربية والإسلامية، والقواعد القانونية المدنية في هذه البلاد مأخوذة من القواعد الفقهية الإسلامية ٩٠٪، كالقانون المدني العراقي والقانون المدني الأردني والقانون المدني اليمني والقانون المدني الكويتي.

---

[١] إذا أراد أن يحكم، لأن الإجتهاد يكون قبل الحكم لا بعده.

[٢] أجر على جهده الفكري وأجر على اصابته لحكم الله.

[٣] صحيح مسلم، كتاب الأقضية، باب بيان أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ.

تفنيد المزاعم الذاهبة إلى تأثر الفقه الإسلامي وقواعده بالفقه الغربي وقواعده، وبوجه خاص القانون الروماني

زعم المستشرقون وبعض رجال القانون في العالم العربي والإسلامي أن الفقه الإسلامي تأثر بالقانون الروماني، فأخذ منه كثيراً من الآراء، وبوجه خاص القواعد الفقهية، على أساس أنها أُخذت من مدونة (جُستنيان)[1]، وهذه التهمة لا أساس لها، بل هي زعم ساقط للأدلة الآتية:

١- لم يكن بين فقهاء الشريعة الإسلامية حين تأسيس مذاهبهم وتدوينها من يعرف اللغة الفرنسية أو الألمانية أو الإنكليزية أو الرومانية، حتى يتأثر في آرائه بآراء فقهاء القانون الغربي، بل فقهاء الشريعة الإسلامية كانوا بمعزل عن عالم آخر غير العالم الإسلامي، فكان لكل واحد منهم مدرسة خاصة يتولى التدريس والاجتهاد فيها ويقوم بالتفكير والتحليل والتعليل والاستنتاج الفقهي، وهو بمعزل عن العالمين الداخلي والخارجي، مستلهماً فقهه وآراءه من القرآن الكريم والسنة النبوية وآراء سلفه من الصحابة والتابعين.

٢- وبعكس التهم المذكورة، كان هناك مجال واسع لتأثر القوانين الغربية بالفقه الإسلامي، ومرد هذا المجال وصول الفقه الإسلامي إلى العالم الغربي بعد تدوينه واستقراره، وذلك عن طريق مدخلين:

---

[1] الامبراطور جستينيان الأول (فلافيوس بتروس ساباتيوس يوستيانوس(٤٨٣-٥٦٥) كان إمبراطوراً رومانياً شرقياً (بيزنطياً) حكم منذ أغسطس عام ٥٢٧ حتى وفاته في نوفمبر ٥٦٥. اشتهر بإصلاحه الرمز القانوني المسمى قانون جستينيان خلال لجنة تريبونيان.
قانون جيستنيان الأول، هو عبارة عن مجموعة من القوانين التي كانت تتبعها العديد من الأمم المختلفة والتي أمر الإمبراطور البيزنطي جستنيان الأول (٥٢٧م حتى عام ٥٦٥م) بعضاً من رجال الدين المسيحي في مملكته بانتقاء مجموعة من القوانين الرومانية. وعرفت هذه المجموعة باسم (كوريس جوريس سيفيلز)، وتعني مجموعة القوانين المدنية كما أطلق عليها أيضًا قانون جستنيان.
المصدر: (مدونة جستنيان) ويكيبيديا- الموسوعة الحرة- الأنترنت.

أحدهما الفتح الإسلامي للأندلس:

حيث دخل الإسلام الأندلس بعد شمال أفريقيا عام ٧١١ م الموافق لعـام ٩٣ الهجـري، ثم دخل جنوب فرنسا بلاد (ليون)، و(نـور)، و(بواتيـا)، و(فينيـون)، وظـل الحكـم الإسلامي في بلاد أوروبا إلى سـقوط غرناطـة عـام ١٤٩٢م الموافـق لعـام ٩٧٧هـ، وبذلك ظل التشريع الإسلامي في بعض أقطار أوروبا معمولا بـه أكثـر مـن (٧٠٠) سنة.[١]

وكان الفقه المعمول به في الأندلس فقه الإمام الأوزاعي، ثم حلّ محله الفقه المالكي عن طريق زياد بن عبدالرحمن، في عهد خليفة المسلمين هشام بن عبدالرحمن عام ١٧١هـ، فانتشر هذا المذهب هناك وظل معمولا به طيلة الحكم الإسلامي في أوروبا.

يرى الباحثون في المقارنة بين القانون المدني الفرنسي المعروف بقـانون (كودنـابليون) الصادر عام ١٨٠٤م، وبين فقه الإمام مالك، وتبين لهم بالأدلة والمقارنة أن الأول تأثر بالثاني بنسبة أكثر من ٤٠٪.[٢]

هناك نماذج من الأحكام القانونية الفرنسية المتأثرة بالفقه المالكي، ومنها ما يلي:

أ/ العقد الرضائي وأحكامه: العقد الرضائي هو الذي ينعقد بمجرد الإيجاب والقبول الصادرين ممن هو أهل للتعاقد، دون رعاية الشكلية التي كانت سائدة في القانون الروماني وتأثر به القانون الفرنسي، وبالتالي القوانين العربية. وقد تناولت المواد (١١٠٨-١١٢٢) في القانون المدني الفرنسي في الباب الرابع تحت عنوان (شروط صحة العقد). ومن الواضح أن أحكام العقد الرضائي في القـانون الفرنسـي هـي نفس ما في الفقه المالكي.

ب/ أحكام العارية: التي عالجها القانون المدني الفرنسي متـأثرا بالفقـه المـالكي في المواد (١٨٧٥-١٨٩٤).

ج/ أحكام الوديعة في المواد (١٩١٥-١٩٥٤).

---

١ ينظر المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية ومذهب الإمام مالك لسيد عبدالله علي حسـين ٢٩/١ وما يليها.

٢ يقول صاحب المقارنات التشريعية المرجع السابق ٣٨/١ أن القانون المـدني الفرنسـي مـأخوذ جُلّـه مـن مذهب الإمام مالك.

د/ تأثر القانون الفرنسي بالفقه المالكي في كثير من أحكام البيع[1] وعناصرها التي تناولها القانون الفرنسي في المواد (١٥٨٢-١٧٠٧).

والمدخل الثاني **قيام صلة بين الدولة الإسلامية العثمانية وبعض الدول الأوروبية**،
وقامت هذه الصلة على تأسيس الدولة العثمانية بعد دخول السلطان محمد الفاتح الأستانة عام ١٤٥٣م. وبعد أن توسعت فتوحات الدولة العثمانية توسعا كبيرا وأصبحت مسيطرة على أقطار شاسعة في آسيا وشمال أفريقيا وأوروبا، تأثرت التشريعات اللاتينية والجرمانية بفقه أبي حنيفة(رحمه الله) ألذي كان مذهباً رسمياً في الدولة العثمانية.[2]
ومن نماذج هذا التأثير والتأثر بين فقه أبي حنيفة في المعاملات المالية والقانون الفرنسي ما يلي:
أ- **بَيْعُ الْوَفَاءِ**: هُوَ الْبَيْعُ بِشَرْطِ أَنَّ الْبَائِعَ مَتَى رَدَّ الثَّمَنَ يَرُدُّ الْمُشْتَرِي إلَيْهِ الْمَبِيعَ.[3] وهو في حكم البيع الجائز والنافذ غير اللازم من حيث انتفاع المشتري به، وفي حكم البيع الفاسد من حيث كون كل من العاقدين مقتدرا على فسخه، وفي حكم الرهن من حيث أن المشتري لا يقدر على بيعه للغير، وخلاصة الكلام أنه يمكن تكييفه بالعقود المذكورة.
ومن البدهي أن هذا العقد كان من إبداع فقهاء الحنفية في ما وراء النهر قبل القانون الفرنسي النافذ القائم بمئات السنين، وقد أخذ به هذا القانون (الفرنسي) وعالجه في الفصل الأول من الباب الثالث تحت عنوان ما معناه (لغو البيع وفسخه) وقد تناوله هذا القانون (الفرنسي) في المواد (١٦٥٩- ١٦٧٣).

---

[1] وهناك أحكام كثيرة أخرى تأثر فيها القانون الفرنسي بالفقه المالكي، لا مجال لإستعراضها. يُنظر القانون المدني الفرنسي النافذ المعروف بقانون نابليون لسنة ١٨٠٤.

[2] ينطر الأوضاع التشريعية في الدول العربية ماضيها وحاضرها ومستقبلها للأستاذ صبحي المحمصاني، ص١٨٥ وما يليها.

[3] مجلة الأحكام العدلية، م١١٨/٣ وقد نصت المادة (٥٦١) من كتاب مرشد الحيران على ان بيع الوفاء هو أن يبيع شيئا بكذا أو بدين عليه بشرط أن البائع متى رد الثمن إلى المشتري أو أدّى الدين الذي عليه، يرد له العين المبيع وفاءا.

ب- **حقوق الارتفاق** (وهي حق المرور)[١] (وحق الشرب)[٢] (وحق المسيل)[٣] وغيرها من حقوق الارتفاق، وقد أخذ القانون المدني الفرنسي هذه الحقوق من الفقه الإسلامي وعالجها تحت عنوان (الحقوق القسرية الأرضية) في الكتاب الرابع في المواد (٦٢٧-٧١٠) ونصت المادة (٦٢٦) من القانون المدني الفرنسي على أن (الحقوق القسرية هي ترتب حق لأرض على أخرى بدون أن يكون المالك واحدا لقصد الانتفاع بالأرض الأخرى المذكورة).

---

[١] (حَقُّ الْمُرُورِ هُوَ حَقُّ الْمَشْيِ فِي مِلْكِ الْغَيْرِ). م١٤٢، مجلة الأحكام العدلية.

[٢] وهو نصيب معين معلوم من النهر، م١٤٣، نفس المرجع.

[٣] وهو حق جريان الماء والمسيل من دار إلى الخارج. م١٤٤، نفس المرجع.

القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية

وهما تتفقان من أوجه وتختلفان من أوجه أخرى.

أ/ أوجه الشبه:

١- صياغة كل من القواعد الأصولية والقواعد الفقهية شبيهة بصياغة النصوص الشرعية والقانونية من الناحية الفنية في الإيجاز غير المخل والخلو من الحشو الممل.
٢- كثير من القواعد الأصولية ترجع في أصلها إلى القواعد الفقهية.
٣- معظم القواعد الأصولية والفقهية مستقاة من النصوص الشرعية وتستمد منها قوتها الإلزامية.
٤- الغاية من كلتا الفئتين جلب المصلحة للإنسان ودرء المضرّة (المفسدة) عنه عن طريق الأحكام الشرعية المتفرعة عنهما.
٥- الغاية من كل منهما معرفة الأحكام الشرعية لأفعال الإنسان.
٦- كل من القاعدتين تستهدف كسب المجهولات (الأحكام الشرعية) من المعلومات، لكن لكل واحدة منهما أسلوب خاص.
٧- الاختلاف في القواعد الفقهية كالاختلاف في القواعد الأصولية سبب من أسباب اختلاف الفقهاء في الأحكام الشرعية.
٨- القاعدة الأصولية قد تُستنتج من فروع فقهية.
٩- القواعد الأصولية تدل على الحكم بوساطة، وعلى سبيل المثل يقال: النهي يقتضي التحريم، فهي لا تفيد الحكم مباشرة. بخلاف القاعدة الفقهية.
١٠- كلتاهما خادمة للأحكام الشرعية.
١١- تُعد المعرفة والإحاطة بالنوعين (القواعد الأصولية والفقهية) من ضروريات الاستفادة من الشريعة الإسلامية من حيث الاستيعاب والفهم ومن حيث الاستنتاج والوصول إلى الأحكام الشرعية، لما يواجه الإنسان من المستجدات نتيجة لتطورات الحياة ومستلزماتها في جميع المجالات لحياة الإنسان، لأن القرآن الكريم دستور خالد

للأسرة البشرية جمعاء، كما قال تعالى: ﴿تَبَارَكَ الَّذِي نَزَّلَ الْفُرْقَانَ عَلَى عَبْدِهِ لِيَكُونَ لِلْعَالَمِينَ نَذِيرًا﴾[١].

ووظيفة الدستور هي التصميم والتخطيط للحياة والاقتصار على القواعد الكلية وتخويل العقل البشري استرجاع الجزئيات إلى تلك الكليات لمعرفة أحكامها عن طريق الاستعانة بهذين النوعين من القواعد العامة.

فالقواعد الأصولية الإجمالية يُستعان بها في استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية، حيث تُجعل القاعدة الأصولية كبرى لقياس منطقي موضوعها جزئيٌ من جزئيات موضوع القاعدة، كما يُجعل دليل شرعي خاص من النصوص الشرعية صغرى لذلك القياس المنطقي، وعلى سبيل المثل يقال: (أوفوا بالعقود) في قوله تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ... الآية﴾[٢] أمر، وكل أمر للوجوب، فيُنتج هذا القياس نتيجة بدهية وهي (أوفوا بالعقود) للوجوب.

١٢- القواعد الأصولية تخدم الشريعة من حيث الاستنتاج، والقواعد الفقهية تخدمها من حيث التطبيق.

ومن البدهي أن النصوص الشرعية في القرآن الكريم والسنة النبوية متناهية، وأن الحوادث والمستجدات التي يواجهها الإنسان في حياته غير متناهية، ومن الواضح أن المتناهي لا يحيط بغير المتناهي، لكن عن طريق تلك الكليات للقواعد الشرعية والفقهية يمكن إحاطة الشريعة المتناهية من حيث النصوص بالجزئيات والمستجدات والوقائع غير المتناهية، عن طريق إرجاع كل مستجد إلى القواعد الأصولية والقواعد الفقهية لمعرفة حكمه، ومن الخطأ الشائع أن المفتي في العالم الإسلامي عندما يواجه مستجداً يكتشفه العلم والطب، يُفتش عن حكمه في المؤلفات التي لم يكن هذه المستجدات موجودة في عصور فقهاء المسلمين الذين ألفوا تلك المؤلفات، وبناءً على ذلك من كان مسلحا بسلاح العلوم الآلية (أصول الفقه والمنطق والفلسفة وقواعد اللغة) عليه أن يلجأ إلى تلك العلوم بجرئة وشجاعة وعقلية ناضجة ويستخدمها في اكتشاف الحكم الإلهي المقرر من الله لتلك المستجدات.

---

١ سورة الفرقان/١

٢ سورة المائدة/١

وتقع مسؤولية حلول القواعد القانونية الأجنبية للبلاد غير الإسلامية محل الشريعة الإسلامية في تعامل العالم الإسلامي بعضهم مع بعض في القضايا الجنائية والمدنية، على علماء الدين بعد توقف الاجتهاد منذ منتصف القرن الرابع الهجري، لأنهم اعتمدوا على كتب المذاهب المدونة المؤلفة قبل زهاء ألف سنة للوصول إلى الأحكام الشرعية للمستجدات في العصور الحديثة.

يقول الأستاذ أحمد أمين، العالم المصري المعروف، في مجلة المنار (لا أتذكر رقم الصحيفة) ما يلي: "كُلف سنة ١٩٤٦ ستة من شيوخ وعلماء الأزهر بإعداد مشروع للقانون المدني المصري النافذ حالياً، وكان كل أثنين منهم منتميا إلى مذهب معين يعتقد أن الصحيح هو ما في ذلك المذهب الذي يقلده دون غيره، فاختلفوا فيما بينهم في استقاء المشروع من المذاهب المدونة دون تقيد بمذهب معين، فمن كان مقلدا لمذهب أبي حنيفة (رحمه الله) أصر على أن يؤخذ المشروع من فقه أبي حنيفة، ومن كان مقلدا لمذهب الإمام مالك(رحمه الله) تمسك بهذا المذهب دون غيره، ومن كان مقلدا لمذهب الإمام الشافعي (رحمه الله) قال إن الصواب والصالح هو ما في هذا المذهب دون غيره، وقد أعطي لهؤلاء الشيوخ مدة ستة أشهر مهلة لإعداد المشروع المأخوذ من الفقه الإسلامي دون التقيد بمذهب معين، وبعد انتهاء تلك المدة طُلب منهم تقديم المشروع وهم لم يعملوا شيئا بسبب اختلافهم العقيم المتخلف، فقررت السلطة التشريعية المصرية أن تتولى بنفسها إعداد المشروع الذي أخذته من القانون الفرنسي والإيطالي والسويسري والألماني وغيرها، وهكذا فإن العقلية التقليدية المتخلفة لعلماء الدين أدّت إلى أن يحُلّ القانون الأجنبي محل الشريعة الإسلامية في جميع البلاد الإسلامية".

وجدير بالذكر أن تصرفات الناس في أقوالهم وأفعالهم ترجع إما إلى العبادات المتعلقة بالشؤون الأخروية، أو إلى العادات المتعلقة بالشؤون الدنيوية.

فما كان من العبادات وجب التوقف فيها عند حدود ما جاءت به النصوص القرآنية والأحاديث النبوية، لأنها حقوق الله المحضة رغم أن منافعها للناس، وما يخص به سبحانه وتعالى لا يُعرف كما وكيفا وزمانا ومكانا إلا من جهته، فعلى العبد أن يأتي به في ضوء ما رُسم له في النصوص القرآنية والسنة النبوية، ولا طريق لمعرفة ما كُلّفنا به من العبادات إلا الوحي الذي بُلغنا به من الرسولﷺ.

أما ما يتعلق بشؤون الناس الدنيوية وأمورهم المعاشية وتنظيم حياتهم وعلاقات وارتباطات بعضهم ببعض من الأفراد والشعوب والأمم، فكلها مبنيةٌ على أساس المصالح البشرية الشرعية في كل زمان ومكان. وذلك بمقتضى قوله تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلاَّ رَحْمَةً لِلْعَالَمِينَ﴾[1]. ففي هذه الآية الكريمة حصر سبحانه وتعالى وظيفة الرسالة المحمدية في تحقيق مصلحة الأسرة البشرية، لأن الرحمة فيها بمعنى المصلحة، سواء أكانت دينيةً أم دنيويةً، ماديةً أم معنويةً، إيجابية (المنفعة المستجلبة) أو سلبية (المضرة المستدرأة).

وهذه المصالح إذا لم تكن منصوصاً عليها بدلالة قطعية، تتغير بتغير الزمان والمكان، ومستجدات الحياة ومستلزماتها في كل عصر، فيتغير تبعاً لذلك الحكم الشرعي المبني على تلك المصلحة المتغيرة الذي لم يرد بشأنه نص خاص ولم يقم عليه إجماع المجتهدين. وهذا هو المعنى المراد من قاعدة (لَا يُنْكَرُ تَغَيُّرُ الْأَحْكَامِ بِتَغَيُّرِ الْأَزْمَانِ).[2] وهذا هو الأسلوب الصحيح الذي اتبعه الخلفاء الراشدون، رضوان الله تعالى عليهم أجمعين، والأئمة المجتهدون (رحمهم الله) في إيجاد الحلول لمشاكل الناس من المستجدات التي لم يرد بشأنها نص خاص، وهذا المعنى هو المقصود من كلام العلامة (الطوفي)[3] حيث قال: "إذا تعارض النص والمصلحة المشروعة، يُقدم العمل بالمصلحة"، وقد أراد بهذا الكلام: أن التعارض بين النص والمصلحة يرجع إما إلى التعارض بين النصين كما هو القائم بين قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾[4]، وبين قوله تعالى: ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَلاَ إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾[5]. وإما أن يرجع إلى التعارض بين المصلحتين، تعارض مصلحة السارق المحتاج المضطر في ترك قطع يده ومصلحة المسروق منه في قطع يد السارق، ومن هنا قال الخليفة الثاني عمر بن الخطاب ﷺ في سنة المجاعة حين قضى بترك قطع يد السارق المحتاج قولته المشهورة: (في ترك قطع يد السارق المحتاج حماية الأرواح، وفي قطع يده حماية الأموال، وحماية الأرواح أولى بالرعاية من حماية الأموال).

---

[1] سورة الأنبياء/١٠٧

[2] مجلة الأحكام العدلية، م ٣٩.

[3] نجم الدين سليمان بن عبدالكريم بن سعيد البغدادي الملقب بالطوفي.

[4] سورة المائدة/ ٣٨

[5] سورة البقرة/ ١٧٣

وقد اتُهم العلامة الطوفي من قبل الجهلة المتعصبين المقلدين بالزندقة والإلحاد، وأفتوا بقتله، لأنه أصبح في نظرهم مرتداً بسبب قوله (إذا تعارض النص والمصلحة المشروعة، تُقدم المصلحة)، الأمر الذي دفعه إلى أن هاجر العراق وتوفي في فلسطين، رحمة الله على روحه الطاهرة.

ب/ أوجه الاختلاف بين القواعد الفقهية والقواعد الأصولية:

١- من حيث الماهية والغاية: القاعدة الأصولية هي القاعدة العامة التي يُستعان بها في استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية، كما ذكرنا سابقا. يُجعل الدليل التفصيلي المعين صغرى لقياس اقتراني حملي منطقي، وتُجعل القاعدة الأصولية الإجمالية كبرى لهذا القياس، فيقال مثلاً (لا تقتلوا) في قوله تعالى: ﴿وَلاَ تَقْتُلُواْ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللّهُ إِلاَّ بِالْحَقِّ﴾ [1] (نهي) وكل نهي للتحريم، فيُنتج (لا تقتلوا) للتحريم.

في حين أن القاعدة الفقهية هي قاعدة كلية تجمع الأحكام الفقهية المتناظرة للمسائل الجزئية المتشابهة وتُسهل على المجتهد والمفتي والقاضي معرفة أحكام تلك الجزئيات، فهي بمثابة النظريات القانونية التي تُستخدم لمعرفة عناصر وأحكام ما يندرج تحتها.

٢- من حيث الاستمداد: القواعد الأصولية مستمدة من الألفاظ العربية من حيث خواصها، ومن القواعد المنطقية بدليل تطورها بعد ترجمة المنطق والفلسفة إلى اللغة العربية، كصنيع الإمام الغزالي (رحمه الله) حيث تناول استعراض كثير من القواعد المنطقية في كتابه (المستصفى).

٣- من حيث الترتيب: فإن القواعد الأصولية سابقة في الترتيب على الجزئيات والفروع الفقهية من حيث الوجود الذهني والخارجي، لأن المجتهد ينطلق في استنباطه للأحكام من تلك القواعد الأصولية. أما القواعد الفقهية فهي متأخرة عن الجزئيات والفروع الفقهية، لأنها في الغالب عبارة عن مجموعة من القواعد والضوابط التي تجمع الأحكام المتشابهة، وما كان كذلك فإنه يكون متأخراً من حيث

---

[1] الأنعام:١٥١

الوجود الذهني عن الفروع الفقهية.[1]

٤- **من حيث المستفيد منهما**: القواعد الأصولية يستفيد منها المجتهد بوجه خاص، فيستعملها عند استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية، أما القواعد الفقهية فالمستفيد منها كما يكون مجتهدا، يكون قاضيا ومفتيا ومعلما ومتعلماً. لأنها أحكام شاملة لفروع متناثرة يعتمد عليها بدلا من الرجوع إلى حكم كل فرع على حدة عن طريق إثبات المحمول للجزئيات المندرجة تحت موضوع القاعدة، سواء كانت سالبة أو موجبة.

٥- **من حيث الموضوع**:[2] موضوع علم أصول الفقه هو الأدلة الإجمالية الكلية من حيث الاستعانة بها في استنباط الحكم الكلي من الدليل الإجمالي. بينما موضوع علم القواعد الفقهية وما تشابه من المسائل والأحكام الفقهية وما يربط كل مجموعة متشابهة منها من قياس أو ضابط فقهي هو القاعدة.

وجدير بالذكر أن موضوع كل علم ما يُبحث فيه عن أعراضه الذاتية، وعلى سبيل المثل موضوع علم الطب جسد الإنسان من حيث الصحة والمرض، وموضوع علم الفقه ما يُبحث فيه عن أعراضه الذاتية من وجوب وندب وحرمة وكراهة وإباحة وصحة وبطلان وفساد وعزيمة ورخصة ونحو ذلك.

٦- **من حيث الثبات والاطراد**: فالقاعدة الأصولية أكثر ثباتا واطرادا، لأنها مستمدة غالبا إمّا من النصوص الشرعية الثابتة الواضحة، أو من القواعد العقلية المنطقية، أو من الخبرة والتجربة والحياة العملية لعلماء المسلمين.

بينما القاعدة الفقهية، للاجتهاد دور كبير في تكوينها، والاجتهاد يتغير بتغير الظروف والأزمنة والأمكنة والأشخاص، لأن تفكير الإنسان يتغير في ضوء تطوره الفكري ونُضجه العقلي ومشاهدة المتغيرات والمستجدات خارج الذهن، وتزداد ملكته الذهنية كلما مرّ بالخبرة والتجربة. وعلى سبيل المثل اجتهادات الإمام الشافعي في مصر كانت غير اجتهاداته في العراق، نتيجة للعوامل المذكورة والاختلاف بين الأعراف والتقاليد في كل من البلدين (العراق ومصر).

---

[1] يُنظر القواعد الفقهية الكلية الخمس الكبرى، للأستاذ محمد مسعود الهذلي، ص٦٧.

[2] القواعد الكبرى في الفقه الإسلامي، ص٧-٨.

وجدير بالذكر أن أحد علماء الدين في أربيل حين تعارفت معه قال لي: كيف تقول إن الإمام الشافعي لو كُتب له أن يرجع إلى الدنيا لتراجع عن ٧٥٪ من آرائه؟ فقلت له: أولا إن كلامي هو مدح للإمام الشافعي، لأنه لم يكن من ذوي العقول المتحجرة، ثـم إن الإمام الشافعي تراجع عن جميع آرائه واجتهاداتـه في العـراق ١٠٠٪ بعـد مـرور عشر سنوات عليها حين ذهب من العراق إلى مصر، فكيف لا يتراجع عن ٧٥٪ مـن آرائه بعد مرور زهاء ١٢٠٠ سنة، حيث ولِد في ١٥٠هـ وتوفي في ٢٠٤هـ.

٧- إن أكثر القواعد الأصولية مشتركة لدى فقهاء الإسلام، فأكثرهم يعملون بهـا بـدون اختلاف، في حين لكل مذهب فقهي قواعد خاصة به غالبا يتقيد بها في تعامله مـع النصوص.

٨- **من حيث النشأة:** إن القواعد الأصولية نشـأت مـع نشـأة النصـوص الشـرعية، بدليل أنها كانت مستعملة في استنباط الأحكام من قبل الخلفـاء الراشـدين وفقهـاء الصحابة بوجه عام (ﷺ) في استنباط الأحكام من نصوص القرآن والسـنة النبويـة، رغم عدم تدوينها آنذاك. في حين أن القواعد الفقهيسة نشـأت بعـد تكـوين المـذاهب الفقهية للأئمة المجتهدين وتدوينها.

٩- **من حيث التدوين:** بدأ تدوين القواعد الأصولية من قبل بعض المـذاهب الفقهيـة ومنهم الإمام الشافعي (رحمه الله) حيث دوّن معظـم القواعـد الأصـولية في كتابـه الرسالة في القرن الثاني الهجري، وكذلك ساهم في هذا التدوين الآخرون مـن شـيوخ المذاهب قبل الشافعي وبعده.

بينما القواعد الفقهية بدأ تدوينها من قبل الفقهاء المنتسبين إلى تلك المذاهب، وأول من دوّن القواعد الفقهية هو أبو طاهر الدبوسي الحنفي في القـرن الثالـث الهجـري، كما ذكرنا سابقا.

١٠- **حكم القاعدة الفقهية** أكثريّ وليس كلياً ينطبق على أكثـر جزئياتهـا، بخـلاف القاعدة الأصولية، فالاستثناءات عليها أقل بكثير من القواعد الفقهيـة.

١١- **من حيث المراجع:** لكل فئة مراجع ومؤلفات خاصة بها، لأن كل فئة من هـاتين الفئتين علم مستقل قائم بذاته، ولكل موضوعه وغايتـه واستمداده.

١٢- وقد استنبط المتأخرون من علماء المسلمين كالإمام الغزالي رحمه الله القواعد الأصولية من القواعد المنطقية بعد ترجمتها إلى اللغة العربية.

١٣- من حيث النظر إليهما يختلفان في حيثيات أخرى، وعلى سبيل المثل القاعدة من حيث موضوعها إذا نظرنا إليها باعتباره أن موضوعها دليل شرعي، كانت قاعدة أصولية، مثل كل أمر للوجوب ما لم يقم دليل على خلاف ذلك، وكل نهي للتحريم ما لم تقم قرينة على خلاف ذلك. وإذا نظرنا إليها باعتبار أنها تتعلق بفعل المكلف تكون قاعدة فقهية، مثل الأمور التي يثبت لها الوجوب أو الندب أو الحرمة أو الكراهة أو الإباحة.

١٤- **قاعدة سد الذرائع**: إذا نظرنا إلى موضوعها تكون قاعدة أصولية، وإذا نظرنا إليها باعتبارها فعلا للمكلف، تكون قاعدة فقهية، ولذلك يُقال كل مباح أدّى فعله إلى حرام فهو حرام.

١٥- **العرف**: إذا نظرنا إليه باعتبار موضوعه الذي هو إجماع عملي أو مصلحة، كان قاعدة أصولية، وإذا نظرنا إليه باعتبار تعلقه بفعل المكلف وهو القول الذي غلب فيه معنى معين أو الفعل الذي غلب الإتيان فيه لغرض معين كان قاعدة عرفية فقهية.

١٦- إن الاستثناء في القواعد الفقهية ليس بخارج عن المنظومة الفقهية العامة القائمة على عملية الاستدلال والاستنباط والتي ترجع إلى أصول الفقه العامة، والحاصل أن الاستثناء في القواعد الفقهية أكثر منه في القواعد الأصولية.

١٧- **من حيث الوجود** القواعد الأصولية سابقة للجزئيات والفروع الفقهية من حيث وجودها الذهني والخارجي، بخلاف القواعد الفقهية.

١٨- **من حيث المقاصد**: القواعد الأصولية لا تشير إلى مقاصد الشريعة غالبا، لأنها تركز على الجانب الاستنباطي دون التعليلات الغائية، بخلاف القواعد الفقهية.

الصلة بين القاعدة والنص

النسبة بين القاعدة والنص عموم وخصوص من وجه، وكل منهما عام من وجه وخاص من وجه، فهما يلتقيان في كل نص شرعي يتضمن حكماً من الأحكام الشرعية.
فنصوص القرآن الكريم، يرى علماء أصول الفقه أن الأحكام فيها لا تتجاوز (٥٠٠) آية، وكلها قواعد، لأن كل نص هو قاعدة، من أمثلة ذلك قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ﴾، هذه الآية هي نص شرعي من القرآن الكريم، وهي قاعدة كلية تطبق في جميع العالم الإسلامي في كل زمان ومكان، ومفادها أن للزوج نصف تركة زوجته إذا توفيت قبل الدخول أو بعده وليس لها ولد، لا من هذا الزوج المتوفى ولا من زوج آخر.
وافتراق القاعدة من النص كقاعدة كل أمر للوجوب ما لم يكن دليل على خلاف ذلك.
وافتراق النص من القاعدة يكون في النصوص التي تبحث عن المغيبات، مثل الآيات التي تتعلق بالجنة والنار في عالم الآخرة.

القاعدة النصية والقاعدة الاجتهادية

القواعد العامة منها نصية ومنها اجتهادية، فمن القواعد النصية قول الرسولﷺ (لا ضرر ولا ضرار)، وقاعدة (الغنم بالغرم)، وقاعدة (البيّنة على المدعي واليمين على من أنكر). فهذه القواعد انتشر استعمالها تحت عنوان القواعد الفقهية أو القانونية، بينما هي في حقيقتها من الأحاديث النبوية، كما هو واضح في مراجع السنن.

وجدير بالذكر أن النصوص الدالة على الأحكام الشرعية في القرآن الكريم تُقسم إلى خمسة أقسام:

القسم الأول: نصوص الأحكام الاعتقادية: كالآيات الآمرة بالإيمان بالله وما يترتب عليه من الإيمان بسائر المغيبات.

القسم الثاني: نصوص الأحكام الأخلاقية: كالآيات الآمرة بالصدق والتعاون على البر والتقوى ونحو ذلك.

القسم الثالث: نصوص الأحكام العملية: وهي التي تنظم حياة الإنسان في تعامله مع ربه كما في العبادات، أو تعامله مع الناس كما في أحكام الأحوال الشخصية، والمعاملات المالية والجنايات ونحوها.

القسم الرابع: نصوص الأحكام الكونية: وهي التي تأمر بالتفكر في خلق السموات والأرض واختلاف الليل والنهار ونحو ذلك، من الآيات التي تتعلق بالشؤون الكونية لاستثمارها في غزو الفضاء من جهة والاستدلال بها في تقوية العقيدة الدينية من جهة أخرى.

القسم الخامس: نصوص الأحكام العبرية: وهي التي تتناول قصص الأنبياء والرسل السابقين للأمم والشعوب قبل الرسالة المحمدية، وتستهدف أخذ العبرة من قصص تلك الأمم.

ولكن نصوص هذه الأحكام لا تسمى قاعدة إلا على سبيل المجاز، لأنها إما أوامر أو نواهي، وكلا النوعين من الأحكام الإنشائية، بينما القاعدة كما عرّفناها سابقا، هي قضية

كلية تتضمن نسبة محمولها إيجابا أو سلباً إلى ما يندرج تحت موضوعها من الجزئيات. والقضية هي جملة خبرية تبحث عما وقع قبل الكلام، فإذا كان الخبر مطابقا للواقع يسمى صدقاً، وإلاّ فيُسمى كذباً.

وبناءً على ذلك فإنّ الأحكام الإلهية السابقة لا تُسمى نصوصها قواعد كلية بالمعنى الاصطلاحي، رغم أنها قواعد عامة من الكليات التي يجب على الإنسان إرجاع الجزئيات والحوادث وكل ما يتعلق بالمستقبل من المستجدات إلى تلك الكليات لمعرفة أحكامها.

ولكنها تُعد من القواعد الكلية من حيث الاستثمار والنتائج.

وأهمية الفرق بين القاعدة النصية والقاعدة الاجتهادية تتجلى في وجوب العمل بالقاعدة النصية، لأنها حجة بصفتها صادرة عن الله أو الرسولﷺ، بخلاف القاعدة الاجتهادية فهي لا تُعدّ حجة معتمدة، ما لم يستند هذا الاجتهاد إلى نص من نصوص القرآن الكريم أو نص من النصوص النبوية أو إلى إجماع فقهي ثابت.

القاعدة الفقهية والنظرية القانونية

النظرية الفقهية في القانون تقابل القاعدة الفقهية في الفقه الإسلامي، والفرق بينهما دقيق، حتى سوّى بينهما بعض علماء الإسلام. ومن أهم الفروق بينهما ما يلي:

١- النظرية الفقهية في القانون الغاية منها لَمُّ العناصر والأحكام لموضوع رئيس في فرع من فروع القانون، بينما القاعدة الفقهية العامة في الفقه الإسلامي الغاية منها معرفة أحكام الجزئيات المندرجة تحت مفهوم موضوعها، كما ذكرنا سابقا.

٢- القاعدة الفقهية أخص وأدق من النظرية الفقهية القانونية.

٣- مصادر النظرية الفقهية القانونية العقل والاستقراء، بينما مصادر القاعدة الفقهية غالبا تكون نصوص القرآن أو السنة النبوية، وقد يكون المصدر الاجتهاد وآراء الفقهاء.

٤- النظرية العامة في القانون تتناول موضوعا عاماً من موضوعات علم من العلوم، من حيث دراسة عناصره وأحكامه، كموضوع الحق والالتزام والعقد، فيُقال نظرية العقد الموقوف أو العقد القابل للإبطال، ونظرية الدفاع الشرعي، ونظرية الالتزام. بينما القاعدة الفقهية تتناول لمّ الجزئيات المتناظرة والمتشابهة المندرجة تحت موضوعها.

القاعدة الفقهية والضابط الفقهي

وهما متقاربان ولكن بينهما فروق جوهرية، أهمها:

١- إن القاعدة الفقهية تجمع فروعاً من أبواب شتى، والضابط يجمعها من باب واحد.

٢- الضوابط تهتم بالمعاير مثل (كل مسكر خمر وكل خمر حرام)، بينما القاعدة الفقهية تهتم بالجزئيات.

حجية القواعد الفقهية

هل يجوز اعتبار القاعدة الفقهية دليلا مستقلا للحكم الشرعي؟

اتفق الفقهاء على أن القاعدة الفقهية التي يكون مصدرها نصا شرعيا من القرآن أو السنة النبوية الثابتة أو إجماعاً حجةٌ، لأن الاحتجاج بها إنما هو في الواقع احتجاج بأصلها ومصدرها.

ولكن حصل الخلاف في قاعدة فقهية استنبطها الفقهاء من استقرائهم للفروع الفقهية واجتهاداتهم على رأيين:

الرأي الأول: إنها ليست حجة وإنما هي شاهد يُستأنس بها ويُمكن الاعتماد عليها. ومن أنصار هذا الرأي ابن فرحون المالكي وابن دقيق العيد الشافعي.

الرأي الثاني: هو أنه لا يجوز الفتوى بما تقتضيه القواعد الفقهية، لأنها ليست كلية بل أغلبية[1].

وجاء في درر الحكام[2]: "فحكام الشرع ما لم يقفوا على نص صريح لا يحكمون بمجرد الاستناد إلى قاعدة من القواعد الفقهية، إلاّ أنها لها فائدة كلية في ضبط المسائل".

وجاء في القواعد للإمام أبي عبدالله المقرئ ما نصه: "وقد نبّه بعض العلماء على أن استخراج الحكم من القاعدة الفقهية العامة منهج غير سليم".

وقال ابن فرحون في ترجمة ابن البشير: "وكان يستنبط أحكام الفروع من قواعد أصول الفقه، وهي طريقة نبّه الشيخ تقي الدين ابن دقيق العيد على أنه غير مُخَلِّصَة وأن الفروع لا يضطرد تخريجها على القواعد الأصولية".[3]

وفي رأينا المتواضع إن القاعدة الفقهية أو الرأي الفقهي لأي مذهب من المذاهب الإسلامية لا يمكن أن يعتبر هذا الرأي أو تلك القاعدة حجة على حكم شرعي، ما لم يستند الرأي أو القاعدة إلى نص قرآني أو حديث من الأحاديث النبوية الثابتة أو إجماع ثابت.

---

[1] غمز عيون البصائر للحموي، ٣٧/١

[2] درر الحكام شرح مجلة الأحكام للأستاذ روستم باز ١٠/١.

[3] القواعد الكبرى في الفقه الإسلامي، ص٢٤

وذلك استنادا إلى رأي حجة الإسلام الفيلسوف المجتهد الإمام الغزالي رحمه الله، حيث قال في كتابه المستصفى (ص٢٤٣) قول الصحابي ليس حجة، الذي نصه ما يلي: (إن قول الصحابي ليس حجة، أي لا يعتبر مصدراً من مصادر الفقه الإسلامي)، واستدل على ذلك بالأدلة العقلية المنطقية الصرفة قائلا: "ذهب قوم إلى أن مذهب الصحابي حجة مطلقاً، وقوم إلى أنه حجة إن خالف القياس، وقوم إلى أن الحجة في قول أبي بكر وعمر، وقوم إلى أن الحجة قول الخلفاء الراشدين إذا اتفقوا، والكل باطل عندنا، فإن من يجوز عليه الغلط والسهو ولم تثبت عصمته عنه، فلا حجة في قوله، فكيف يُحتج بقولهم مع جواز الخطأ؟ وكيف يُتصور عصمة قوم يجوز عليهم الاختلاف؟ وكيف يختلف المعصومان؟ وكيف وقد اتفقت الصحابة على جواز مخالفة الصحابة؟ فلم يُنكر أبو بكر على من خالفه بالاجتهاد، فانتفاء الدليل على العصمة ووقوع الاختلاف بينهم وتصريحهم بجواز مخالفتهم: ثلاثة أدلة قاطعة على عدم حجية قول الصحابي".

ونستنتج من هذه الأدلة للإمام الغزالي رحمه الله، أن قول أي مذهب من المذاهب الإسلامية المدونة وأية قاعدة من قواعد هذا المذهب أو ذاك، لا يجوز الإفتاء به ولا اعتباره حجة على الحكم المفتى به، ما لم يستند رأي المذهب أو القاعدة الفقهية للمذهب إلى نص في القرآن أو نص ثابت في السنة النبوية أو إجماع ثابت، فإذا وجد هذا السند فالحجية فيه لا في رأي المذهب ولا في القاعدة المذهبية، وبناء على ذلك إذا كان رأي الخلفاء الراشدين لا يجوز اعتباره وحده وهم مجتهدون ومن تلاميذ مدرسة الرسولﷺ ومن أصحابه بل من الخلفاء الراشدين، فكيف يُعتبر رأي غيرهم من أئمة المذاهب المدونة وفقهائهم أو القاعدة الفقهية في مذهب من المذاهب حجة. وإذا لم يصح العمل بمن كان مجتهدا ومن الخلفاء الراشدين ومن تلاميذ مدرسة الرسولﷺ، فكيف يصح العمل بمذهب من لا يكون صحابيا ولا خليفة من الخلفاء الراشدين.

وبناء على ذلك يجب على المفتي من علماء الدين أو القاضي أن لا يُفتي للناس بما هو موجود في المراجع الفقهية من رأي من آراء الفقهاء في أي مذهب كان، ما لم يستند إلى نص قرآني أو حديث نبوي يُعزز الرأي المفتى به أو كان مُجمعاً عليه من قبل جميع مجتهدي أمة محمد(ﷺ) بعد وفاته في عصر من العصور على حكم شرعي إجتهادي لسند شرعي، ولا يكفي الإستدلال بإجماع الفقهاء في مذهب معين، وإلا فعليه أن يترك الإفتاء بما هو موجود في كتب المذاهب الثمانية المدونة في العالم الإسلامي وهي تنتمي إلى مذهب أبي حنيفة أو

الإمام مالك أو الإمام الشافعي أو الإمام أحمد أو الإمام جعفر الصادق أو الإمام زيد أو الإمام ابن حزم الظاهري أو المذهب الأباضي (رحمهم الله).

ولكن من المؤسف أن علماء الدين في العالم الإسلامي يعملون على خلاف هذه الحقيقة، بل بعضهم يجرأ أن يُفتي برأي مؤسس المذهب أو فقيه ينتمي إلى مذهبه رغم كونه مخالفا لنص قرآني صريح أو حديث نبوي واضح ثابت.

وعلى سبيل المثل هناك من يُفتي بوقوع الطلاق الثلاث مرة واحدة استنادا إلى ما ورد في بعض المذاهب المدونة، رغم أن القرآن ينص صراحة وبدلالة قطعية على أن الطلاق المقترن بالعدد يقع به طلقة واحدة. لأن القرآن استعمل تعبير (المرة) دون العدد، ولم يقل (الطلاق عددان أو اثنان) مثلا، والنسبة بين العددين (أو الاثنين) وبين المرتين هي تباين كلي منطقي، لأن الزمن عنصر رئيس في ماهية المرة، بينما ليس عنصرا في الاثنين أو العددين أو نحوهما، فكيف يُفسر المباين بالمباين؟ وهذا الفرق يُدركه من له أدنى المام بالشريعة الإسلامية وبقواعد اللغة العربية، وبالإضافة إلى ذلك فإن القاعدة الأصولية المتفق عليها تقضي بأنه (لا اجتهاد في مورد النص) والنص القرآني يدل على توزيع الطلقات الثلاث على ثلاث مرات، فما هي قيمة الرأي والاجتهاد في هذه الحالة، غير أن التعصب المذهبي الأعمى يُعمي بصيرة من يُفتي بوقوع الطلاق الثلاث مرة واحدة.

وبعد هذه المقدمات نحاول شرح بعض القواعد التي لها صلة مباشرة بالحياة العملية، موزعاً دراستها حسب الحروف الهجائية. وجدير بالذكر أن مناهج المؤلفين في القواعد الفقهية يمكن تقسيمها إلى اربعة:

أولا: المنهج المعتمد على ترتيب القواعد حسب الحروف الهجائية المعروفة بحسب الحرف الأول منها، فقاعدة (الأمور بمقاصدها) وهكذا دون النظر إلى موضوع القاعدة وما يُنتج عنها من المسائل، وقد سار على هذا المنهج الإمام بدرالدين الزركشي في كتابه (المنشور في القواعد) حيث قال الزركشي: "ورتبتها على حروف المعجم ليسهل تناول طرازها المعلم".[1]

---

[1] المنشور في القواعد ٦٧/١ تحقيق الدكتور تيسير فائق احمد محمود، مراجعة الدكتور عبدالستار أبو غدة. ط١، ١٤٠٢هـ.

ثانيا: المنهج المعتمد على مقدار ما يندرج تحت القاعدة من مسائل وفروع مع مراعاة اختلاف العلماء واتفاقهم فيها. وقد سار على هذا المنهج الإمام تاج الدين السبكي وجلال الدين السيوطي وغيرهما.

ثالثا: المنهج المعتمد على ترتيب القواعد حسب الأبواب الفقهية في العبادات والمعاملات المالية والأحوال الشخصية والجنايات. وعلى هذا المنهج سار الشيخ عظُم في المسند المذهب في ضبط قواعد المذهب.

رابعا: المنهج الذي لم يُراع ترتيبا معيناً، وإنما اعتمد على ترقيمها ترقيما تسلسليا، وعلى هذا المنهج سار ابن رجب في قواعده.

وقد اخترت الأسلوب الهجائي للأسباب الآتية:

١- بعض القواعد الفقية مشتركة بين جميع ابواب الفقه، ومتفق عليها من قبل الفقهاء، بينما بعضها متعلقة بأبواب خاصة، وكان اتباع غير هذا الأسلوب يؤدي إلى التكرار والحشو.

٢- اتباع غير هذا الأسلوب قد يؤدي الى التداخل، وهذا أسلوب معيب.

٣- اتباع الأسلوب الهجائي يُعطي الباحث حرية التعليق على جميع القواعد.

٤- بعض القواعد التي تناولتها بالبحث فيها أخطاء شائعة تحتاج إلى التعديل والتبديل والتصحيح. وهذا ما يتناسب مع رعاية الأسلوب الهجائي في دراسة الموضوع.



(حرف الهمزة)

-١-

قاعدة

(أنظر إلى ما قيل ولا تنظر إلى من قال)

هذه القاعدة التي هي حكمة عظيمة، نُسبت إلى سيدنا علي بن أبي طالب(ﷺ)[1]، وهي مهمة في مكافحة ظاهرة التعصب الأعمى للمقلِدين، فيجب على كل عالم عاقل العمل بمقتضاها، لأن المفتي أو القاضي إذا نظر إلى القائل، يستسلم للمقول، صحيحا كان أو خطأ، نظراً لأهمية مركز القائل، كالإمام أبي حنيفة والإمام الشافعي، رحمهم الله.
ويستثنى من هذه القاعدة قول الله سبحانه وتعالى في القرآن الكريم، والقول الرسول(ﷺ) في السنة النبوية الثابتة، فيجب فيهما النظر إلى القائل، لأن عقليتنا قاصرة عن إدراك كنه هذين المرجعين، لكن يجب التدقيق في فهمهما لأجل العمل بالمعني الحقيقي المراد للشارع العظيم.

---

[1] مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح/ علي بن سلطان محمد القاري، دار الفكر ٢٠٠٢، كتاب العلم، ص٣٠٠. وقد أخذ الإمام علي هذه الحكمة من قول الرسول(ﷺ) الكلمة الحكمة ضالة الحكيم فحيث وجدها فهو أحق بها.

-١-

قاعدة
(الإبراء، يُكيَّف بالإسقاط و التمليك)[1]

ومن الآثار المترتب على هذا التكييف:

١- إذا كُييف بانه تمليك، لا يصح الإبراء مما يجهله المبرئ بخلاف الإسقاط.

٢- إبراء المبهم، كقوله لمدينيه: أبرأت أحدكما، إذا كُييف بالتمليك، لا يصح، بخلاف الإسقاط.

٣- تعليق الإبراء لا يصح في التمليك بخلاف الإسقاط.

٤- إذا كُييف بالإسقاط، لا يُشترط القبول، بخلاف التمليك.

٥- ارتداده بالرد لا يصح في الإسقاط، بخلاف التمليك.

---

[1] المنشور للقواعد للزركشي، ص٩٠.

-٢-

قاعدة
(الاجْتِهَادُ لا يُنْقَضُ بِمِثْلِهِ)[1]

الصواب:
(الاجتهاد لا يُنقض بمثله بالنسبة للماضي، ما لم يُخالف نصاً صريحاً)

أي الاجتهاد لا يُنقض باجتهاد آخر، لأنهما متساريان في درجة الإلزام والالتزام.
لكن هذه القاعدة على إطلاقها خطأ فيجب أن يُعدّل كالآتي:
(الاجتهاد لا يُنقض بمثله بالنسبة للماضي، ما لم يُخالف نصاً صريحاً).
لأنه يُنقض في هاتين الحالتين:
أ- إذا تعارض الاجتهاد مع نص صريح، يُعتبر باطلا فيُعمل بالنص أو باجتهاد آخر لا بالاجتهاد القائم.
ب- أما بالنسبة للمستقبل فإن الاجتهاد يُنقض بمثله.

فكل اجتهاد شرعي يتعارض مع نص صريح في القرآن أو في السنة النبوية الثابتة، يُعتبر خاطئاً يجب نقضه، كما في الاجتهاد في القاعدة المذكورة (المطلقة طلاقا رجعيا يلحقها الطلاق أثناء عدتها)، فهو اجتهاد خاطئ لأنه يصطدم مع نص صريح في القرآن الكريم ومخالف للعقل السليم.[2] وكذلك الاجتهاد يُنقض بالاجتهاد بالنسبة للمستقبل.

وعلى سبيل المثل هناك قضية ميراثية رُفعت إلى سيدنا عمر بن الخطاب﷠ للحكم فيها، مضمونها أن إمرأةً توفيت وانحصرت ورثتها في زوج وأم وإخوة من الأم وإخوة وأخوات أشقاء، فقضى سيدنا عمر(﷠) بحجب الأشقاء باستغراق ذوي الفروض لكل التركة، لأن

---

[1] مجلة الأحكام العدلية، م١٦

[2] لأن الله تعالى قال في القرآن الكريم: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ..﴾(الطلاق:١) ولام (لعدتهن) للتوقيت، أي في وقت تبدأ عدة المطلقة مباشرة ودون تأخير. والمطلقة سابقا هي مطلقة من جهة ومعتدّة في عدّة هذا الطلاق من جهة أخرى، والمطلقة لا تُطلق كما أن المعتدّة لا تعتدّ، لأنه تحصيل الحاصل، وتحصيل الحاصل مستحيل عند العلماء والعقلاء.

العصبة ليس له نصيب مفروض في القرآن والسنة النبوية، بل يرث ما يبقى من أصحاب الفروض، فلم يبق شيء في هذه المسألة، لأن المسألة الميراثية توزع على أساس ٦ أسهم، للزوج ٦/٣، لعدم وجود فرع وارث، وللأم ٦/١ لتعدد الإخوة والأخوات، وللإخوة من الأم ٦/٢ لأنهم أكثر من واحد،[1] فلم يبق شيء من التركة بعد أخذ كل ذي فرض فرضه.

وتكررت هذه المسألة الميراثية في السنة الثانية لخلافة عمر ﷺ بعد الاجتهاد المذكور، فاراد أن يحكم باجتهاده السابق، فاعترض عليه أحد الإخوة الأشقاء فقال: يا أمير المؤمنين احسب أن أبانا كان حجرا أو أرمه في اليم، أليست أمنا واحدة مع الإخوة من الأم؟ وقال أحدهم هذا الأب ارمه في اليم، وقال الآخر: هب أن أبانا كان حماراً، أليست أُمنا واحدة مع الإخوة من الأم؟ فقضى سيدنا عمر باجتهاد جديد، أي بمشاركة الإخوة الأشقاء للإخوة من الأم، فاشتركوا جميعا في ثلث التركة الذي هو نصيب الإخوة من الأم، فيوزع الثلث على الكل بالتساوي.

وبناءً على ما ذكرنا سُميت المسألة الفرضية المذكورة (يمية) و(حجرية) و(حمارية) و(مُشَرَّكةً).

وقال سيدنا عمر ﷺ قوله المشهور الذي صار أصلا وقاعدة، حين سُئل عن نقض اجتهاده السابق: (تلك على ما قضينا وهذه على ما نقضي).

---

[1] قال تعالى: ﴿وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلاَلَةً أَو امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِن كَانُوَاْ أَكْثَرَ مِن ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاء فِي الثُّلُثِ﴾النساء : ١٢.

-٣-

قاعدة
(الاجتهاد هو القياس)

الصواب:

(الاجتهاد هو بذل الفقيه ما في وسعه من الطاقة الفكرية والبدنية للحصول على حكم شرعي صحيح في اعتقاده للقضية المعنية بالحكم)

هذه القاعدة من استحداث سيدنا الإمام الشافعي (رحمه الله) في كتابه (الرسالة في أصول الفقه)[1]، وهي صحيحة من جهة وخطأً من جهة أخرى، لأن الإقدام على الاجتهاد لا يكون إلا في حالتين:

إحداهما حالة غياب النص.

والثانية حالة كون النص ظني الدلالة، أي يحتمل أكثر من حكم واحد.

ففي حالة غياب النص، كلام الشافعي مُتصور وصحيح، إذا فرضنا أن القياس عبارة عن إرجاع الجزئيات إلى الكليات المعقولة المعاني، إي كليات النصوص التي يُدرك العقل عللها وأغراضها، ونرى إن هذا هو القياس الصحيح دون القياس بالمعنى الذي ذهب إليه علماء أصول الفقه، وهو إلحاق واقعة لم يرد بشأنها نص خاص بواقعة أخرى ورد فيها نص على حكمه، لاشتراك الواقعتين في علة الحكم، كقياس قتل الموصى له للموصي على قتل

---

[1] جاء في كتابه (الرسالة)، تحقيق أحمد أمين، ص٤٧٧، ط١٣٥٨هـ-١٩٤٠م.:

قال: فما القياس؟ أهو الإجتهاد؟ أم هما مفترقان؟

قلت: هما اسمان لمعنىً واحد.

قال: فما جماعهما؟

قلت: كل ما نزل بمسلم ففيه حكم لازم، أو على سبيل الحق فيه دلالة موجودة، وعليه إذا كان فيه بعينه حكم وجب اتباعه، وإذا لم يكن فيه بعينه طلب الدلالة على سبيل الحق فيه بالإجتهاد، والإجتهاد القياس.

الوارث لمورثه، في الحرمان من الوصية كالحرمان من الميراث. والعلة المشتركة هي حماية أرواح الأبرياء.

أما في حالة قيام نص ظنيّ الدلالة، فإن القياس ليس له أي دور في الموضوع.

ومن الواضح أن أكثر نصوص الأحكام في القرآن ظنية الدلالة وتحتمل أكثر من معنى واحد وحكم واحد، فعلى من تتوفر فيه أهلية الاجتهاد أن يجتهد في تحديد الحكم المراد.

وعلى سبيل المثل في قوله تعالى: ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلْ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنْ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ﴾[١].

لفظ (ولد) استُعمِل في القرآن بمعناه اللغوي أي الذكر والأنثى، كما في قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾[٢]، وقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ﴾[٣]، وبمعناه العرفي أي الذكر فقط عند الجمهور.

وقد اختُلِف في تفسيره في هذه الآية (أية الكلالة)، فذهب الإمامية إلى أن المراد معناه اللغوي فيشمل الذكر والأنثى، فمن له بنت لا ترث إخوته وأخواته، بخلاف أهل السنة ومنهم الإمام الشافعي، فإنهم فسّروه بالمعنى العرفي (الذكر)، أي أن الولد الذي يحجب الإخوة والأخوات هو الذكر دون الأنثى.

فالاجتهاد في هذه الآية ليس للقياس أي صلة به.

وكذلك (القرء) في قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾[٤] مشترك بين الطهر والحيض، فاختلف الفقهاء في تحديد المعنى المراد، وعلى اجتهاد الحنفية ومن معهم القرء هو الحيض، بينما على اجتهاد المخالفين ومنهم الإمام الشافعي أن القرء هو الطهر، فأين القياس في مثل هذا الاجتهاد؟

وكذلك قوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ، وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾[٥].

---

١ سورة البقرة/ ٢٢٦-٢٢٧

٢ النساء:١١

٣ النساء:١٢

٤ البقرة/٢٢٨

٥ البقرة/٢٢٨

وقد اختلف الفقهاء في اجتهاداتهم في تفسير هذه الآية كالآتي:

أ- قال بعضهم كالمالكية: لا يُشترط الحلف على عدم معاشرة الزوجة لتطبيق أحكام الإيلاء، لأن ترك المعاشرة ظلمٌ فيجب رفعه، سواء حلف الزوج أو لم يحلف. بينما ذهب الجمهور إلى أن الحلف شرط أساس من شروط تطبيق أحكام الإيلاء، ومن هؤلاء الإمام الشافعي.

ب- كذلك اختلفوا في نتيجة الإيلاء، هل يقع الطلاق تلقائيا بعد انتهاء مدة أربعة أشهر، كما قال فقهاء الحنفية، أو للزوجة أن يراجع القضاء بعد انتهاء المدة إن شاءت وتطالب بالتفريق، إذا أبى الزوج معاشرة الزوجة أو تطليقها، وهو رأي أكثر الفقهاء، ومنهم الإمام الشافعي.

فأين دور القياس في هذه الاجتهادات؟

والصواب أن يقال: الاجتهاد هو بذل الفقيه ما في وسعه من الطاقة الفكرية والبدنية للحصول على حكم شرعي صحيح في اعتقاده للقضية المعنية بالحكم.[1]

---

[1] ينظر مؤلفنا (أصول الفقه في نسيجه الجديد) ص٥٨٨.

-٤-

قاعدة
(الإجتهاد يتطلب الإلمام بمقاصد الشريعة ومستلزمات الحياة والصلة بينهما)

الإجتهاد لغة: مشتق من الجُهد (بضم الجيم وفتحه)،[1] بمعنى بذل الطاقة البدنية،[2] والفكرية.

وفي الإصطلاح له تعريفات كثيرة، كلها تدور حول محور واحد، وهو بذل الفقيه ما في وسعه من الطاقة الفكرية والبدنية للحصول على الحكم الشرعي الصحيح في اعتقاده للقضية المعنية بالحكم.

شروط الإجتهاد:

ذهب العلماء من السلف الصالح إلى شروط دخلت في ذمة التأريخ، وهي لا تتلائم مع التطور الذي مرّ به العقل البشري في كل مجال من مجالات الحياة.

ومن تلك الشروط التقليدية البالية هي:

١- ان يكون المجتهد مذكراً، وهذا خطأ، لأن عقلية وعلمية الرجل والمرأة لا تختلفان من حيث الحقيقة والماهية والذكورة والأنوثة، وإنما الإختلاف بالخبرة والتجارب،

٢- ان يكون حراً، وهذا الشرط التقليدي اصبح بالياً بعد أن ألغى القرآن الكريم نظام العبيد والجواري من غير الرجعة. ففي ضوء القرآن الكريم لا يوجد هذا التقسيم المتخلف للإنسان إلى الأحرار والعبيد والجواري.[3]

---

[1] الصحاح في اللغة والعلوم ٢١٦/١.

[2] كمراجعة أوليات القضية والإطلاع على أحكام القضايا المشابهة ومحاولة معرفة رأي الآخرين ونحو ذلك، فإنها تدخل في الجهد البدني، إضافة إلى الجهد الفكري.

[3] ينظر مؤلفنا تجفيف مستنقع العبيد والجواري في القرآن.

٣- أن يكون مسلماً، وهذا الشرط مطلوب، إذا كان الإجتهاد في الأحكام الشرعية، أما إذا كان في أمور دنيوية، فعقلية غير المسلم في هذا العصر بالذات قد تكون متفوقة على عقلية المسلم بوجه عام، كما هو واضح في المقارنة بين التطور التكنولوجي في العالم الغربي والشرقي، وتخلف العالم الإسلامي عن ذلك الركب الحضاري.

ولذا نرى أن نتبع اسلوباً آخر في استعراض شروط المجتهد، وأن لا تخرج هذه الشروط عما يلي:

١- الإلمام بقواعد النحو والصرف والبلاغة، لأن الأحكام تؤخذ من القرآن والسنة بلغتها الأصلية (العربية)، لا من ترجمتها أياً كانت لغة الترجمة.
٢- الإلمام بقواعد أصول الفقه والمنطق والفلسفة والبلاغة، التي تسمى العلوم الآلية، لمعرفة خواص الألفاظ وأوجه دلالتها على الأحكام وطرق الاستنباط.
٣- الإلمام بعلوم الحديث لمعرفة أنواعه ودرجة قوته الإلزامية.
٤- الإحاطة بمقاصد الشريعة وبالمصالح الدنيوية والأخروية وتمييزها من المفاسد وفهم الصلة بين الشريعة والحياة فالجاهل بواقع الحياة ومتطلباتها يجهل هذه الصلة وبالتالي يخطأ في معالجة المستجدات.
٥- الالتزام بالشريعة والتحلي بالقيم والتخلي عن كل رذيلة.
٦- الإلمام بالقواعد الفقهية لكافة المذاهب الفقهية المدونة لإدراك مدارك الأحكام وإرجاع الجزئيات إلى الكليات لأن هذه القواعد بمثابة النظريات في القوانين الوضعية.
٧- الاطلاع الواسع على المسائل الخلافية الفقهية مع التحليل والتعليل والاستنتاج والترجيح.
٨- معرفة طرق استنباط فقهاء الصحابة والتابعين وأصول المذاهب الفقهية.

ومن الواضح أن هذه الشروط وأمثالها ترجع إلى شروط ثلاثة رئيسة وهي:

١- الإلمام بمقاصد الشريعة. لأن الشريعة الإسلامية حصر القرآن وظيفتها في خدمة المصلحة البشرية، فقال تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾[1]، والرحمة في هذه الآية بمعنى المصلحة، وهي إما إيجابية (المنفعة المستجلبة) أو سلبية (المضرة

---

[1] الأنبياء : ١٠٧

المستدرأة). وفي كلتا الحالتين مادية أو معنوية، ودنيوية وأخروية. والمصالح البشرية هي بالنسبة إلى الشريعة الإسلامية تسمى (مقاصد الشريعة)، وبالنسبة إلى الإنسان تسمى (غايات وأغراض ومصالح).

٢- الإلمام بمستلزمات الحياة، وقد ثبت لنا في الآية المذكورة أن الشريعة الإسلامية جاءت لتحقيق مصالح الإنسان في الحياة والآخرة، ومصالح الإنسان في الحياة تشمل مستلزماتها ومتطلباتها في كافة المجالات. وعلى هذا الأساس على المجتهد أن يكون ملماً بجميع متطلبات الحياة في عصر اجتهاده.

٣- الإلمام بالصلة بين مقاصد الشريعة ومستلزمات الحياة. لأن الإجتهاد يكون لمعرفة حكم قضية من القضايا الدنيوية لحياة الإنسان، فالجاهل بالعلاقة بين الشريعة وبين الحياة، يكون اجتهاده غير مبني على أسس صحيحة.[1]

[1] ينظر مؤلفنا أصول الفقه في نسيجه الجديد، ٥٨٨/٢ وما يليها.

ـ ٥ ـ

قاعدة
(الْأَجْرُ وَالضَّمَانُ لَا يَجْتَمِعَانِ)[1]

معنى القاعدة: الأجر بدل المنفعة وهو العوض، ومنه تسمية الثواب أجراً، لأن الله يُعوّض العبد على طاعته أو صبره على مصيبة.
والضمان الغرامة المترتبة على قيمة الشيء أو نقصانه.
والمراد بـ(لا يجتمعان) أن تتحد جهتهما في محل واحد ولسبب واحد، لأن الضمان يقتضي التملك، والمالك لا أجر عليه، والأجر يقتضي عدمه، وبينهما منافاة، والضمان أن يكون لسبب التعدي، والتعدي على مال الغير غصب له أو كالغصب، والأجر إنما يُقبض بإذن المالك والعين في يده أمانة، فلا يُمكن في هذه الحالة اعتباره مستأجرا أميناً وغاصباً ضمنياً في آن واحد، لتنافي الحالتين.
وعلى سبيل المثل لو غصب رجل سيارة الغير واستعملها حتى نقصت قيمتها بالاستعمال، فيضمن لصاحبها نقصان قيمتها ولا أجر عليه، لأن الأجر والضمان لا يجتمعان.
ولو استأجر سيارة إلى مكان معين ثم جاوز بها إلى أبعد منه، وإذا كلفت في ذهابه وإيابه يلزمه ضمان القيمة أو النقصان للتعدي، والأجرة أيضا، لأنه أستوفى المنفعة المعقود عليها ويده عليها يد أمانة، وبتجاوزه انقلبت إلى يد غصب وضمان، فعليه الضمان، وسبب لزوم الأجرة استفاء المنفعة، وسبب الضمان التعدي.

---

١ شرح المجلة، م٤٤٢

-٦-

قاعدة

(إذا اجتمع الحلال والحرام، غُلب الحرام)

والسر في ذلك هو أن أساس الحلّ هو الحسن لذاته المبني على النفع، وأساس الحرمة هو القبح المبني على المضرّة أو المفسدة، وإذا اجتمعت المنفعة والمضرة، يُقدم الأولى على الثانية.

ومن تطبيقات هذه القاعدة:

١- إذا تعارض دليلان أحدهما يقتضي التحريم والآخر يقتضي الإباحة، يُقدم الأول في العمل به على الثاني.

٢- لو باع شخص خلاً وخمراً بصفقة واحدة، صح العقد في الخل وبطل في الخمر.

٣- إذا تعارض المحرم وغيره من الأحكام الأربعة[١]، قُدم المحرم، لأن المحرم لا يكون إلاّ لمفسدة وعناية الشرع والعقلاء بدرء المفاسد أشد من عنايتهم بتحصيل المصالح.[٢]

---

[١] الوجوب والندب والإباحة والكراهة.

[٢] الذخيرة للقرافي ٢١٢/١.

-٧-

قاعدة

(إذَا اجْتَمَعَ الْمُبَاشِرُ وَالْمُتَسَبِّبُ أُضِيفَ الْحُكْمُ إلَى الْمُبَاشِرِ)[١]

الصواب:

(إذا اجتمع المباشر والمتسبب، يُضاف الحكم إلى أقواهما، وإذا تساويا، تساوت المسؤولية)

وهذه القاعدة أيضا انتشرت خطأً في الفقه وبين الفقهاء وفي القانون ولدى شُرّاحه، وتقبلها الفقهاء والعلماء المعاصرون دون التنبُه على هذا الخطأ الشائع، فالصواب أن يُقال: (إذا اجتمع المباشر والمتسبب، يُنسب الحكم إلى الأقوى منهما. فإذا كان السبب هو الأقوى يُنسب إليه، وإذا كان المباشر هو الأقوى يُنسب الحكم إليه، وإذا كانا متساويين في القوة، فهما شركاء في المسؤولية، سواء أكانت جنائية أم مدنية).

وعلى سبيل المثل:

أ- من أكره شخصا على عمل غير مشروع إكراهاً ماديا، بأن أخذ يده بالقوة فألزمه بتوقيع سند مزور والاعتراف بالالتزام بمبلغ للمكرِه بدون المبرر، فالمسؤول مدنيا وجزائيا في هذه الحالة هو المتسبب (المكرِه- بكسر الراء) دون المباشر، لأن الأول أقوى في إحداث الحدث من الثاني.

ب- من أعطى مسدسا مثلا لشخص عديم التمييز وطلب منه قتل شخص أو إتلاف مال، فالمسؤول في هذه الحالة هو المسبب (المكرِة- بكسر الراء) ويُسميه علماء القانون الفاعل المعنوي، أما المباشر فهو بمثابة آلة التنفيذ.

ج- إذا حكم الحاكم بإعدام شخص بناءً على شهادة الزور، فالمسؤول عن هذا الإعدام هو المتسبب (الشهود) دون القاضي، مع أن المباشر للحكم هو القاضي دون الشهود.

---

[١] مجلة الأحكام العدلية، م٩٠

إما إذا أكره شخص إكراها غير مُلجئ كأن هدد المكرِه (بكسر الراء) المكرَه (بفتح الراء) بتوقيفه مدة قليلة، إذا لم يرتكب جريمة يريدها، فإذا ارتكب المكرَه (بفتح الراء) الجريمة المكرَه عليها، يكون المسؤول هو المباشر.

أما من مسك يدي شخص وأخذ شخص ثالث النقود التي في جيبه أو قتله، فالقابض والممسك كلاهما شريكان في الجريمة. لأنهما متساويان بدرجة واحدة في ارتكاب العمل غير المشروع، والفاعل مباشر والممسك متسبب وهما متساويان في درجة ارتكاب العمل غير المشروع وفي الجزاء الذي يرتبه القانون أو الشرع على العمل.

ـ٨ـ

قاعدة

(إذا اجتمع أمران من جنس واحد ولم يختلف مقصودهما دخل أحدهما في الآخر)

ومن تطبيقات هذه القاعدة:

١- إذا اجتمع حدث وجنابة، فيدخل الحدث الأصغر في الحدث الأكبر، فتكفي غسلة واحدة كما لو اجتمع جنابة وحيض، فيكتفى بنية الجنابة عن الحيض والجنابة، وكذا عكسه.

٢- لو اجتمع غسل جمعة وعيد فيكتفى بنية غسل العيد عن نية غسل الجمعة.

٣- لو اجتمع حدث ونجاسة حكمية، كفت لهما غسلة واحدة.

٤- لو دخل المسجد وصلى الفرض، دخلت فيه تحية المسجد.

٥- لو زنى مرارا أو شرب الخمر مرارا أو سرق المال مرارا أو قذف مرات، كفى حد واحد، لكن لو زنى وسرق وشرب وقذف، فلا تداخل لاختلاف الجنس.

٦- لو عاشر زوجته في نهار رمضان مرتين، لم يلزمه بالمرة الثانية الكفارة، لأنه لم يصادف صوماً.

-٩-

قاعدة

(إِذَا تَعَارَضَ الْمَانِعُ وَالْمُقْتَضِي يُقَدَّمُ الْمَانِعُ)[1]

مضمون هذه القاعدة هو انه اذا تعارض أمران أحدهما سبب يقتضي اعتبار عمل والثاني مانع يقتضي عدم اعتباره، فيرجح المانع على المقتضي، لأن السبب لا يترتب عليه الأحكام ما لم تتوفر شروطه وتنتفي موانعه.

ثم إن في كل مانع فلسفة، لو لم يقدم على المقتضي لضاعت تلك الفلسفة.

وعلى سبيل المثل قتل الوارث لمورّثه مانع من ميراثه لحماية أرواح الأبرياء، فلو لم يُقدم لهدرت مصلحة وفلسفة حماية أرواح الأبرياء.

الأحكام المترتبة على هذه القاعدة:

يتفرع عن هذه القاعدة أحكام فرعية منها:

أ- اذا باع المدين الراهن المال المرهون المحبوس لدى الدائن المرتهن لا ينفذ العقد بل يكون موقوفاً على إجازة الدائن المرتهن لتعلق حقه به، ولو اعتبر نافذاً لزال الحبس الذي هو من أحكام الرهن، فملكية المدين للمرهون سبب مقتض لجواز ونفاذ التصرف فيه، وتعلق حق الدائن به مانع من نفاذه في الفقه الإسلامي، فيقدم المانع على المقتضي، خلافاً للقانون.

ومن الجدير بالإشارة أن الرهن مانع في الفقه الإسلامي، ولكن في القانون وفى الفقه الغربي لا يعتبر مانعاً من نفاذ التصرف، بل للدائن المرتهن حق التتبع. واتجاه الفقه الإسلامي أصوب، لأنه أكثر ضماناً وبصورة خاصة في حالة كون الدائن المرتهن ناقص الأهلية.

ب- بعد الوفاة تنتقل تركة المتوفي إلى ورثته عند اكثر الفقهاء في حالة كونها مدينة، ولكن الدين مانع من نفاذ تصرفهم في هذه التركة، فقبل تسديد الديون من قبل

[1] مجلة الأحكام العدلية، م٤٦

الورثة أو من قبل غيرهم، أو قبل إذن الدائنين أو تنازلهم عن الدين، كل تصرف للورثة في التركة ينعقد، لكنه موقوف على إجازة الدائنين أو تسديد الديون منها، وملكية التركة للورثة السبب المقتضي لنفاذ تصرفهم، ولكن الدين المتعلق بالتركة مانع من نفاذه، فيُقدم المانع على المقتضي، فاذا رفض الدائنون التصرف بطل وذلك حماية لحقوقهم.

-١٠-

قاعدة

(إذا توافرت في تصرف باطل عناصر تصرف آخر تحول إليه صحيحاً)

ومن نماذج تأثر القانون الألماني بالفقه الإسلامي عن طريق الخلافة العثمانية، تحول العقد الذي عالجه القانون المدني الألماني في المادة (١٤٠)، ومفاد تحول العقد هو أنه "إذا كان العقد باطلا وقد توفرت فيه أركان وشروط عقدٍ أو تصرفٍ آخر، تحول إليه ويُعتد بهذا التصرف".

وتنص المادة (١٤٤) من المدني المصري القائم على أنه "إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال، وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد".

وهذا النص يُقرِرُ في عبارة عامة وهي (نظرية تحول العقد). وعلى نهج التقنين المدني الألماني، سار التقنين المدني المصري النافذ، وتتلخص النظرية في أن التصرف الباطل قد ينطوي رغم بطلانه على عناصر تصرف آخر فيتحول إلى التصرف الذي قصد إليه المتعاقدان وهو التصرف الباطل، وبذلك يكون التصرف الباطل قد أنتج أثراً قانونياً لا كواقعة مادية، بل كتصرف قانوني، ولكنه أنتج أثرا عرضياً.

شروط التحول:

ويُشترط لتحول تصرف باطل إلى تصرف آخر صحيح، توافر شروط ثلاثة:

١- بطلان التصرف الأصلي: فيجب أن يكون التصرف الأصلي إما تصرفاً باطلاً أو تصرفاً قابلاً للإبطال وقد أُبطل فعلاً، ولا يجوز أن يكون تصرفا صحيحاً، أو تصرفاً باطلاً في شق منه وصحيحاً في شق آخر.

٢- أن ينطوي التصرف الأصلي الباطل على عناصر التصرف الآخر الذي يتحول إليه، أي يجب أن يكون هناك تصرف آخر يتحول إليه التصرف الأصلي.

٣- جواز انصراف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى التصرف الآخر الذي تحول إليه التصرف الأصلي. أي يكون بحيث إذا علم المتعاقدان بطلان التصرف الذي قاما بإبرامه، انصرفت إرادتهما إلى هذا التصرف المتحول إليه.
وعلى سبيل المثل إذا قدّم المدين لدائنه كمبيالة لم تستوفِ الشكل الواجب قانوناً، تكون باطلةً وتتحول إلى سند دين عاديٍ صحيح، كما نصّت على ذلك المادة (١٠٨) من التقنين التجاري المصري. أما إذا زوّد المدين دائنه قبل هذه الكمبيالة سنداً عادياً، فلا تتحول إليه.

ويُرد ما ظنه المرحوم العلامة السنهوري(رحمه الله) من أن فكرة تحول العقد من إبداع الفقهاء الألمان، وقد دوّنت هذه الفكرة في القانون المدني الألماني المادة (١٤٠)، وذلك لأن هذه الفكرة من إبداع فقهاء الإسلام، وقد ذكروا لها تطبيقات كثيرة في الفقه الإسلامي، قبل القانون المدني الألماني وفقهاء الألمان بمئات سنين، ومن تلك التطبيقات الموجودة في الفقه الإسلامي ما يلي:

١- من أوصى لشخص، لا توجد بينه وبين هذا الشخص علاقة القرابة أو الزوجية اللتين هما من أسباب الميراث، بأن يكون وارثاً له كأحد ورثته الشرعيين، تبطل هذه الوصية وتنصرف إلى الوصية المطلقة، ويُعطى للموصى له نصيب أحد الورثة الأقل نصيباً بالنسبة للبقية.
وعلى سبيل المثل من مات عن أم وابن والموصى له بالميراث، يكون للأم السدس، وللموصى له السدس، وللابن الباقي.

٢- **في الكفالة:** إذا اشترط في عقد الكفالة أن يكون الكفيل ضامنا للدين رغم إمكانية المدين واستعداده للوفاء به، أي إذا اشترط براءة ذمة الأصيل في الكفالة، يُبطلها هذا الشرط ككفالة، وتتحول إلى الحوالة.

٣- **الحوالة:** إذا اشترط فيها عدم براءة ذمة المحيل عن الدين بأن يكون للمحال الرجوع على المدين المُحيل على المُحال عليه في وقت واحد، إذا امتنع المحال إليه عن الوفاء بالدين أو عجز عن الوفاء، أي: اشترط عدم براءة ذمة المحيل من الدين، تبطل الحوالة وتتحول إلى الكفالة.

وهناك تطبيقات كثيرة في الفقه الإسلامي لتحول تصرف باطل إلى تصرف آخر تتوافر فيه شروط التحول المذكور، ولا مجال لذكرها في هذا المؤلف.

-١١-

قاعدة

(أساس الضمان هو الضرر دون الخطأ)

فإذا ترتب على فعل أو قول أو امتناع عن فعلٍ ضررٌ، يجب التعويض للمتضرر، سواء وجد الخطأ أو لا.

ومن تطبيقات هذه القاعدة:

أ- بعد قيام الثورة الصناعية في أوروبا واستحداث الأجهزة الميكانيكية في المعامل والمصانع، كان العامل فيها إذا أصيب بعاهة نتيجة استعمال تلك الأجهزة، كان القضاء الفرنسي متردداً في الحكم بالتعويض لعدم وجود الخطأ من صاحب المعمل أو المصنع، وعدم جواز نسبة الخطأ إلى الجهاز الجامد الذي لا يملك مقومات المسؤولية، لذا التجأ إلى فكرة الخطأ المفترض، فحكم بأن صاحب المعمل يُعد مُخطأً افتراضاً، وذلك حماية لحقوق العامل المتضرر المصاب بعاهة.

ولكن في الحقيقة والواقع، إن أساس الحكم بالتعويض ليس مبنياً على الخطأ، سواء كان حقيقياً أو افتراضياً، وإنما هو مبنيٌ في الشريعة الإسلامية على أساس قاعدة الغنم بالغرم، وهو حديث شريف للرسول(ﷺ)، فمادام صاحب المعمل يتمتع بغنم وربح معمله، فعليه أن يتحمل غرمه أي الضرر الناتج عنه.

وهذا الغرم كتحمل صاحب المعمل نفقات اصلاح جهاز من أجهزة معمله، لأنه هو الذي يتمتع بمنافع هذا الجهاز. فمادامت الأرباح والمنافع عائدةً إلى صاحب المعمل، فجميع الأضرار المترتبة على هذه الأجهزة، يكون هو المسؤول عن إصلاحها ومتحمل لنفقات تعديلها وتبديلها.

ب- مسؤولية الدوائر العامة عن الأضرار التي تصدر من منتسبيها اثناء القيام بالعمل، وعلى سبيل المثل، الجندي التابع لوزارة الدفاع، إذا أحدث ضرراً للغير اثناء قيامه بالواجب، تكون الوزارة هي المسؤولة عن تعويض ذلك الضرر، رغم عدم الخطأ الصادر منها، بناءً على قاعدة (الغرم بالغنم)، لأنها هي الوحيدة من الإنتفاع بغنم مُحدث الضرر، فعليها الغرم أيضاً.

-١٢-

قاعدة
(الإستطاعة أساس التكليف)

مصدر هذه القاعدة قوله تعالى: ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾[١]. والحديث الصحيح، قول النبي(ﷺ): ((إذا أمرتكم بأمر فأتوا به ما استطعتم))[٢].

وتتضمن هذه القاعدة أصلين من أصول الشريعة الإسلامية:

أحدهما سقوط كل واجب مع العجز عن أداءه. ويدخل في هذا الأصل كل من عجز عن شيء من شروط الواجب، فإنه يسقط عنه. وعلى سبيل المثل: من عجز عن أداء الصوم، عجزاً مستمرا، للشيخوخة أو المرض الذي لا يُرجى بُرؤه، أفطر وكفّر عن كل يوم إطعام مسكين، كما قال تعالى: ﴿وَعَلَى الَّذِينَ يُطِيقُونَهُ فِدْيَةٌ طَعَامُ مِسْكِينٍ﴾[٣]، ومن عجز عنه لمرض يُرجى زواله، أو لسفر، أفطر وقضى عدّة أيّامه إذا زال العذر، كما قال تعالى: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضاً أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾،[٤] والعاجر عن أداء فريضة الحج ببدنه، إن كان يرجو زوال سبب العجز، صبر حتى يزول، وإن كان لا يرجو زواله، أقام عنه نائباً يحج عنه.

وقال تعالى في موضوع الإستطاعة: ﴿لَيْسَ عَلَى الْأَعْمَى حَرَجٌ وَلَا عَلَى الْأَعْرَجِ حَرَجٌ وَلَا عَلَى الْمَرِيضِ حَرَجٌ﴾[٥]. وذلك في كل عبادة توقفت على الصحة أو سلامة الأعضاء، كالجهاد ونحوه، وبناء على ذلك أُشتُرِطت الإستطاعة في جميع الواجبات، فمن لم يقدر فلا يكلفه الله بما يعجز عنه.

---

[١] التغابن : ١٦

[٢] أخرجه البخاري في الإعتصام، باب الإقتداء بسنن رسول الله، رقم الحديث (٧٢٨٨)، ومسلم في الحج، باب فرض الحج، رقم الحديث (١٣٣٧).

[٣] البقرة : ١٨٤. فالهمزة في باب أطاق للنفي، أي (على الذين لا يطيقونه). أو يكون المراد (وعلى الذين يطيقونه بمشقة تكون فوق الإستطاعة.

[٤] البقرة : ١٨٤.

[٥] النور : ٦١

وكذلك قال النبي (ﷺ): ((من رأى منكم منكراً فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلبه، وذلك أضعف الإيمان))[١].

ومن هذا القبيل الكفارات المرتبة، إذا عجز المكلف عن الأعلى انتقل إلى ما دونه. كما في قوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَئاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ ... فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾[٢]. وقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا ذَلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ، فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِيناً﴾[٣].

والأصل الثاني جواز المحظورات في حالات الضرورة، كما قال تعالى بعد تحريم الميتة والدم وما عُطف عليهما: ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾[٤]، وقال: ﴿وَمَا لَكُمْ أَلاَّ تَأْكُلُواْ مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلاَّ مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾[٥].

فهاتان الآيتان تدلان دلالة صريحة عل حِلّ كل محرم أضطر إليه الإنسان، لكن الضرورة تُقدر بقدرها.[٦]

---

[١] أخرجه مسلم في الإيمان، باب بيان كون النهي عن المنكر من الإيمان. رقم (٤٩).

[٢] النساء : ٩٢

[٣] المجادلة : ٤

[٤] المائدة : ٣

[٥] الأنعام : ١١٩

[٦] يُنظر القواعد والأصول الجامعة للأستاذ عبدالرحمن ناصر السعدي، ص٢٢ وما يليها.

-١٢-

قاعدة

(الإستثناء من التحريم إباحة)

الإستثناء هو الإخراج بـ(إلاّ) أو إحدى أخواتها.

ومن تطبيقات هذه القاعدة في القرآن الكريم في أكثر من موضع[1]، كما في قوله تعالى: ﴿وَمَا لَكُمْ أَلاَّ تَأْكُلُواْ مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلاَّ مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ...﴾[2]. وقوله تعالى: ﴿... فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ...﴾[3] وهاتان الآيتان تدلان على اباحة تناول ما حُرّم في حالة الإضطرار.

وجدير بالذكر إن الإضطرار سبب من أسباب الإباحة في حقوق الله، كالتحريم في الآيتين المذكورتين، وأما في حقوق العباد فالضرورة ليست سبباً من أسباب الإباحة ولا تكون مانعة من المسؤولية الجنائية والمدنية، وإنما هي سبب للجواز والرخصة، فترتفع المسؤولية الجنائية دون المدنية، وبناء على ذلك من أكل مال الغير أو أتلفه بدون مبرر شرعي، يكون ضامنا بتعويض المأكول والمتلَف إذا طالب به صاحبه.

---

[1] كما في سورة المائدة/١١٥ وسورة النحل/١٧٣ وغيرهما.

[2] الأنعام : ١١٩.

[3] البقرة : ١٧٣.

-١٣-

قاعدة

(الاستحسان استثناء الجزئيات من الكليات لمصلحة أو ضرورة أو عرف)

أي ان الإستحسان عكس القياس، لأن القياس ارجاع الجزئيات إلى الكليات، بينما الإستحسان استثناء الجزئيات من الكليات، لرعاية مصلحة عامة أو ضرورة أو عرف أو نحو ذلك.

وتعريفه من قبل بعض الأساتذة[1] بأنه عدول من القياس الجلي إلى القياس الخفي، خطأ واضح.

ومن مصادر حجية الإستحسان، القرآن الكريم، كما في قوله تعالى: ﴿... فَبَشِّرْ عِبَادِ الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ...﴾[2]. وقد أثنى القرآن الكريم على اختيار الأحسن من بين الأمور المتعارضة، وكذلك أمر بالإحسان الذي هو جلب مصلحة أو دفع مفسدة، في قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالإِحْسَانِ ...﴾[3].

ومن تطبيقات الإستحسان في القانون منح رواتب التقاعد لشهداء البيشمركة وضحايا جريمة الأنفال والغاز الكيميائي، استثناءً على القاعدة العامة في القانون التي تقضي بأنه (لا يستحق كل عراقي مرتب التقاعد، ما لم يُكمل خدمة فعلية مدنية أو عسكرية لمدة لا تقل عن خمس عشرة سنة).

وكذلك من تطبيقات الإستحسان تخصيص مرتب تقاعدي لعوائل شهداء الجيش الشعبي في الحرب العراقية الإيرانية (١٩٨٠-١٩٨٨).

---

[1] كالأستاذ عبدالكريم زيدان في كتابه الوجيز في اصول الفقه.

[2] الزمر : ١٨

[3] النحل : ٩٠.

أما العدول من القياس الجلي الى قياس خفي لمصلحة، فهو مـن أمثلـة ومـن تطبيقـات الإستحسان، وليس عبارة عن حقيقة الإستحسان وماهيته.

وعلى سبيل المثل من باع عقاراً ولم يذكر في البيع حقوق الإرتفاق صـراحة، لا تـدخل في البيع هذه الحقوق، وأما إذا أجّر العقار ولم يذكر في عقد الإيجار حقوق الإرتفاق، فهي تـدخل في العقد، لأن الغاية من الإيجار الإنتفاع بمنفعة العقار، وهذا الإنتفاع لا يـتم إلا باسـتخدام حقوق الإرتفاق. أما إذا وقّف العقار، فإذا قيس على البيع فلا تـدخل حقـوق الإرتفـاق إلا بالذكر صراحة، أما إذا قيس على عقد الإيجار فإنها تدخل. ومن الواضـح أن عقـد الوقـف أقرب إلى عقد البيع من حيث انتقال الرقبة والمنفعة الى الموقوف عليه، فقياسه على البيـع قياس جلي، وإذا قيس على عقد الإيجار يكون قياساً خفياً، لأنه لا ينقل إلا ملكية المنفعـة، ولذلك ذهب الفقهاء إلى العدول مـن القيـاس الجلي وهو القياس علـى البيـع، إلى القيـاس الخفي وهو القياس على عقد الإيجار، وقالوا (إن من مصـلحة الموقـوف عليـه العـدول مـن القياس الجلي إلى القياس الخفي)، وهذا التطبيق من تطبيقات وأمثلة الإستحسان.

وقد شنّ بعض الفقهاء على الإستحسان هجوماً عنيفاً، مـنهم الإمـام الشـافعي (رحمـه الله) فقال: "الإستحسان تلذذٌ وإجتهاد بالهوى".[1]

وقال ابن حزم الظاهري:[2] "والحق حقّ وإن استقبحه الناس، والباطل باطل وإن استحسنه الناس، فصحّ أن الإستحسان شهوة واتباع للهوى وضلال بالله تعالى، نعوذ من الخذلان".

وقال الشوكاني:[3] "إن ذكر الإستحسان في بحث مستقل، لا فائـدة فيـه، لأنـه إن كـان راجعاً إلى الأدلة المتقدمة، فهو تكرار، وإن كان خارجاً عنها فليس من الشرع في شيء، بـل هو من التقول على هذه الشريعة بما لم يكن فيها تارة وبما يُضادها أخرى".

ومن الواضح أن هذه الإتهامات الباطلة كلها مبنية على عدم إصـابة المعنـى الحقيقـي للإستحسان، وإلا فليس من المعقول أن يصدر من هؤلاء العلماء تلك التهم التي لا صلة لها بالشريعة الإسلامية.[4]

---

[1] كتاب الأم، الجزء السابع، باب ابطال الإستحسان، ص٢٧.

[2] الإحكام في اصول الأحكام، ٧٥٨/٥.

[3] ارشاد الفحول، ص٢٤.

[4] لمزيد من التفصيل يُنظر مؤلفنا (أصول الفقه في نسيجه الجديد) ط٢٢، ٢١١/١ وما يليها.

-١٤-

قاعدة

(الإستصحاب، ما ثبت في الماضي يُعد قائما في الحاضر والمستقبل، ما لم يثبت زواله)[(١)]

الصواب:

(الإستصحاب جنس وحجة في الدفع والإثبات)

الإستصحاب: ثبوت شيء في الزمن الثاني لثبوته في الزمن الأول ما لم يطرأ التغيير.[(٢)]

والإستصحاب من قواعد أصول الفقه، وهي قاعدة صحيحة من حيث ذاتها ولا اعتراض عليها، وإنما الخطأ في جعل قواعد أخرى تندرج تحتها وتُعدِ من أنواعها قسيمة لها، ومن البدهي أن قسيم الشيء مباين له، كما أن المقسم أعم مطلقاً من كل قسم من أقسامه، وكل قسم من الأقسام أخص مطلقاً من مقسمه.

وعلى سبيل المثل (الكلمة) في علم النحو مقسِم ومُقسمة إلى الفعل والحرف والاسم، وكل واحد من هذه الأقسام مباين لقسيمه من حيث الماهية ومن حيث التطبيق، كما أن المقسم (الكلمة) أعم مطلقا من الفعل والاسم والحرف، لأنها قد تجتمع مع الاسم بدون الفعل والحرف أو مع الحرف بدون غيرها، أو مع الفعل بدون الاسم والحرف، ولكن لا يُتصور أن يتحقق كل قسم من هذه الأقسام بدون المقسم (الكلمة).

والإستصحاب جنس تندرج تحته قواعد أخرى درسها الفقهاء والعلماء بحيث جعلوها قسيمة له، ومن تلك القواعد ما يلي:

---

١ الإستصحاب نوعان، مستقيم ومقلوب.

المستقيم هو الحكم بكون الشيء ثابتا في الحال لتحقق ثبوته في الماضي ما لم يقم دليل على خلاف ذلك.

والمقلوب هو الحكم بكون الشيء ثابتا في الماضي لتحقق ثبوته في الحال ما لم يقم دليل على عدمه في الماضي.

٢ الأسنوي على المنهاج ٣/١٣١.

١- قاعدة (الْأَصْلُ بَرَاءَةُ الذِّمَّةِ) [١]

أي أن الإنسان يولد بريئا من كل التزام مـن الالتزامـات المدنيـة والجنائيـة، فعلـى القاضي حين اتهام المتهم بتهمة جنائية أو إقامة الدعوى على شخص بمطالبـة مبلـغ من المال بذمته، أن يعتبر أن هذا الشخص هو ما زال ذلك البريء الذي ولد ولم تكـن ذمته مشغولة بأي حق للغير، وذلك بناءً على قاعدة الاستصحاب.

٢- قاعدة (الأصل في الأشياء النافعة هو الإباحة)

بناء على قوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [٢]، فـ(لام) لكـم للنفع، كما إن (على) للضرر، كما في قوله تعـالى: ﴿لَهَـا مَـا كَسَـبَتْ وَعَلَيْهَـا مَـا اكْتَسَـبَتْ﴾ [٣].

ومصدر إباحة الأشياء النافعة المخلوقة هو هذه الآية الكريمة، لأنه لا يُتصور أن يخلـق الله عز وجل شيئا نافعا لانتفاع الإنسان به ثم يُحرّمه عليه. لكن تطبيق القاعـدة في الحياة العملية مبني على قاعدة الاستصحاب، أي كل شيء ما لم يثبت حـق عـام أو حق خاص لأي شخص طبيعي أو معنوي عليه يُعد مـباحا، كأشجار الغابات وأحجـار الجبال وأتربة الصحراء ونحو ذلك، يُعد مباحا لمن يريد الانتفـاع بهـا، وكـذلك إحيـاء الأراضي الزراعية والمراعي، كما ورد في قول الرسولﷺ: ((مَـنْ أَحْيَـى أَرْضًـا مَيِّتَـةً فَهُوَ أَحَقُ بِهَا)). وكما ورد في قاعدة (وَلَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ)، هذه القاعدة جزء مـن حديث صحيح عن رسول اللهﷺ حيث قال فيه: ((مَنْ أَحْيَى أَرْضًا مَواتاً مـن غـير أن يَكُونَ فِيهَا حَق مُسلِمٍ، فَهِيَ لَه، وَلَيْسَ لِعِرْقِ ظَالِمٍ حَقٌّ)).[٤] أي ليس لمن يُحي أرضـا قد قام غيره بإحيائها قَبله حقّ.

والعرق الظالم هو كل ما احتفر أو أخذ أو غرس بغير حق.

---

١ مجلة الأحكام العدلية، م٨.

٢ سورة البقرة/ ٢٨٦

٣ سورة البقرة/ ٢٩

٤ أخرجه البخاري في صحيحه تعليقا في الحرث، بـاب مـن أحيـا أرضـا مواتـا، تحت رقـم (٢٣٣٤). ١٩/٥، وأبوداود في سننه، باب إحياء الموات من كتـاب الخراج والأمـارة والفـيء، رقـم (٣٠٧٣). والترمذي في سننه، باب إحياء الموات في ابواب الأحكام، رقم (١٣٧٨).

٣- قاعدة (مَا ثَبَتَ بِزَمَانٍ يُحْكَمُ بِبَقَائِهِ مَا لَمْ يُوجَدْ دَلِيْلٌ عَلَى خِلَافِهِ)[١]

وينبني على هذه القاعدة أن امرأة إذا تزوجت في إحدى محاكم الأحوال الشخصية، ثم بعد مدة راجعت نفس المحكمة طالبة تزويجها من شخص آخر، فعلى القاضي ردّ دعواها حتى تثبت بالبيّنة الفرقة بينها وبين الزوج السابق بالطلاق أو الوفاة وأن عدتها قد انتهت.

هذه القاعدة أيضا من فروع الاستصحاب، فالمفروض أن تعالج الأحكام الواردة فيها تحت عنوان رئيس وهو (الاستصحاب).

٤- قاعدة (الْأَصْلُ فِي الصِّفَاتِ الْعَارِضَةِ الْعَدَمُ)[٢]

هذه القاعدة من فروع الاستصحاب (أو أنواعه)، فكل شيء ينشأ في أصل خلقته وصنعه سالما من العيوب المبررة للفسخ، فيجب أن يُعتبر هذا الشيء مازال محتفظا بسلامته الأصلية استصحابا، وبناء على ذلك من اشترى سيارة وبعد استعمالها مدة ظهر له عيب تُبرر الفسخ، فأقام الدعوى على البائع طالبا من القضاء الحكم بفسخ البيع على أساس وجود عيب كان موجودا لدى البائع قبل القبض، فعلى القاضي أن يرفض هذه الدعوى بناء على قاعدة استصحاب السلامة، ما لم يُثبت المشتري أن هذا العيب حدث عند البائع وقبل القبض، لأن العيب من الصفات العارضة والأصل عدمها استصحابا، فيجب إثبات وجود العيب لدى البائع قبل قبض المبيع من المشتري.

٥- قاعدة (الأَصْلُ إِضَافَةُ الْحَادِثِ إِلَى أَقْرَبِ أَوْقَاتِهِ)[٣]

وهذه القاعدة أيضا فرع من فروع الاستصحاب، فإذا حصل خلاف بين البائع والمشتري في وقت حدوث العيب، فادّعى البائع أن العيب حدث بعد تسليم المبيع، وادعى المشتري أنه حدث قبل ذلك، ولم يكن لأي منهما بيّنة، فيُصدّق البائع لأنه يدّعي

---

١ مجلة الأحكام العدلية، م١٠.
٢ مجلة الأحكام العدلية، م٩.
٣ مجلة الأحكام العدلية، م١١.

حدوثه في أقرب وقت من تسليم المبيع. ويُستثنى من هذه القاعدة أنه لو أراد المشتري رد المبيع على البائع لعيب فيه يُبرر الرد بعد أن استعمله استعمالا يُفيد الرضا بالعيب، فقال البائع استعملته بعد اطلاعك على العيب، فسقط حقك في الرد، وقال المشتري استعملته قبل الاطلاع على العيب، فالقول للمشتري مع يمينه، مع أن القاعدة المذكورة تقضي بأن القول للبائع، لأن الحادث يضاف لأقرب أوقاته.

٦- قاعدة (الْأَصْلُ بَقَاءُ مَا كَانَ عَلَى مَا كَانَ)[١]

أي إذا ثبت كون الشيء في زمن على حال، فإذا لم يقم الدليل على تغير حاله يُعتبر أنه مازال متلبسا بتلك الحالة. لأن البقاء هو الأصل والعدم طارئ، الذي يُسمى استصحابا حسب قواعد علم أصول الفقه التي تقضي الحكم ببقاء أمر محقق ما لم يتحقق عدمه.

ومن تطبيقات هذه القاعدة اعتبار المفقود حيا ما لم يقم دليل على موته، لأن حياته كانت محققة والأصل بقاؤها ما لم يقم دليل على عدمها، وبناءً على ذلك لا تُقسم أمواله بين الورثة ولا يحق لزوجته أن تتزوج زوجا آخر إلى أن تتحقق وفاته.

٧- قاعدة (الْقَدِيمُ يُتْرَكُ عَلَى قِدَمِهِ)[٢]

القديم هو الذي لم يوجد من يعرف أوله بطريق المشاهدة، والحادث بخلافه. فالقديم الذي يُرى أنه موافق للشرع إذا لم تقم حجة على كونه مخالفا له، فإنه يُترك على قدمه، لأن حسن الظن بالناس يقضي بكونه جاء مبنيا على سبب شرعي، فإذا قامت الحجة على خلاف ذلك فإنه لا يُترك على قدمه، بل يُزال إذا كان فيه ضرر جسيم. كما لو كان مسيل دار في الطريق العام من القديم، فإنه لا يُنظر إلى القدم بل يحكم بسده، لأن كونه غير مشروع واضح بسبب أن الطريق العام لا يُملك لا رقبة ولا منفعة.

ومن تطبيقات هذه القاعدة أنه إذا كان مسيل دار أحد في ملك غيره من القديم فليس لصاحب الملك رفع المسيل وسده عن ملكه، لأن صاحب المسيل يُعتبر مالكا للمسيل أو

---

١ مجلة الأحكام العدلية، م/٥

٢ مجلة الأحكام العدلية، م/٦

لحق المسيل بوجه من الوجوه الصحيحة الشرعية، مثل الشراء أو الإرث أو القسمة، فهو متصرف في ملكه ولا يُمنع أحد من التصرف في ملكه.[1] وأساس ذلك في هذا العصر ما يسمى (الحيازة).

٨- قاعدة (الضَّرَرُ لَا يَكُونُ قَدِيمًا)[2]

أي إن الضرر العام إذا كان منبعثاً من شيء قديم فإن هذا القديم لا يُترك، بل يجب رفعه دفعا للضرر العام ولا يُسمح ببقائه لقدمه، لأن الضرر العام جسيم والضرر الجسيم يُزال، وهذه القاعدة مقيدة للقاعدة السابقة.[3] بخلاف الضرر الخاص فإنه إذا نشأ من أمر قديم فإنه لا يُزال بل يُترك على قدمه.

ومن تطبيقات هذه القاعدة أنه إذا كان لشخص مجرى بالوعة أو مرحاض مثلا، يجري من القديم إلى نهر الشفة (أي النهر الذي يشرب منه عامة الناس)، لا يُنظر الى قدمه بل يجب سده، إذ لا يُتصور شرعاً أن يكون لأحد حق الإضرار بعامة الناس.

وبالإضافة إلى هذه القواعد هناك قواعد أخرى جعلها الفقهاء وعلماء أصول الفقه قسيمة للاستصحاب وهي مندرجة تحته اندراج الأنواع تحت جنسه، فالمفروض معالجة أحكامها تحت عنوان (الفروع المندرجة تحت القاعدة الرئيسة الاستصحاب) أو الأنواع المندرجة تحت جنسها (الاستصحاب) بأن يُعرّف الاستصحاب ثم يُقسم إلى أنواعه المذكورة وغيرها ويُعالج كل نوع تحت عنوان جنسه.

حجية الإستصحاب:

اختلف علماء أصول الفقه والفقهاء في حجية الإستصحاب، أو في تحديد محل الخلاف، وهذا خطأ، لأن بعض فروع (أو أنواع) الإستصحاب ليس محل الخلاف، منها:

أ- استصحاب الإباحة الأصلية للأشياء النافعة، وهذا يجب أن يُستبعد عن محل الخلاف، لأن مشروعيتها منصوص عليها في آيات قرآنية منها قوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ

---

١ الأستاذ منير القاضي، المرجع السابق ٦٢/١

٢ مجلة الأحكام العدلية، م/٧

٣ مجلة الأحكام العدلية، م/٦

لَكُم مَّا فِي الأَرْضِ جَمِيعاً ...﴾[١] وقوله تعالى: ﴿وَسَخَّرَ لَكُم مَّا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً مِّنْهُ...﴾.[٢] وللام في (لكم) في هاتين الآيتين للمنفعة والمصلحة البشرية، ولا يُتصور تحريم شيء على الإنسان خُلق لمصلحته وللإنتفاع به.

ب- استصحاب حكم البراءة الأصلية نقلا وعقلاً، أما نقلاً فالقرآن نص على ذلك في آيات منها قوله تعالى: ﴿..وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولاً﴾.[٣] وأما عقلا فكل حادث مسبوق بالعدم، ومن البدهي أن التهمة التي توجه إلى الإنسان وأن مطالبته بالإلتزامات المدنية والجنائية، كلها أمور مستحدثة توجد بعد العدم، فالأصل فيها هو العدم، وعلى من يدعي الوجود الإثبات بالبيّنة.

ج- الحكم الثابت بدليل شرعي يُعد مازال قائماً حتى يثبت زواله. فإذا تزوجت إمرأة من رجل، ثم طلبت من القاضي تزويجه من آخر، فتُرد دعواه حتى تُثبت أن زوجها طلقها أو مات وانتهت عدتها.

وبناء على ما ذكرنا فإن الخلاف يجب أن يُحدد بصور مخصوصة، كحالة المفقود، فالإستصحاب في مثل هذه الحالة ينبغي أن يُستبعد لأن الإستصحاب فيها حجة في الدفع (النفي) عند ادعاء زوال حقوقه والتزاماته التي كانت قائمة قبل فقده. فالزوجية تبقى قائمة، فلا يحق له الزواج بآخر قبل ثبوت وفاته بالبيّنة أو حكم القاضي، وكذلك أمواله تبقى ملكيتها له، فلا يجوز توزيع تركته قبل ثبوت وفاته، وكذلك التزاماته لا تنقضي بفقده حتى يثبت خلاف ذلك. وكذلك حجة في اكتساب حقوق جديدة تحقق اسبابها بعد فقده، كموت شخص يكون المفقود أحد ورثته، فعلى القاضي والمفتي والورثة الإحتفاظ بحقه في تركة المتوفى، والإحتياط في توزيع التركة، واعتباره حياً حتى يثبت مصيره بطريقة مؤكدة من الممات أو الحياة، وقِس على ذلك الوصية والهبة له، وكل سبب آخر من أسباب كسب الملكية.

وفي رأينا أن هذا الإتجاه هو الصحيح، خلافا لمن ذهب إلى عدم حجيته مطلقاً، وذهب البعض إلى أنه حجة في الدفع (النفي) دون الإثبات.[٤]

---

[١] البقرة : ٢٩

[٢] الجاثية : ١٣

[٣] الإسراء : ١٥

[٤] لمزيد من التفصيل يُنظر مؤلفنا أصول الفقه في نسيجه الجديد، ص٢٣٨ ومايليها.

-١٥-

قاعدة

(اسْتِعْمَالُ النَّاسِ حُجَّةٌ يَجِبُ الْعَمَلُ بِهَا)[1]

الصواب:

(الاستعمال المشروع للناس حجة يجوز العمل بها)

أي: إن التعامل الجاري بين الناس إذا لم يكن مخالفاً للنص، حجة يجب الرجوع إليه والعمل بمقتضاه، وهذا إشارة إلى العرف العملي، سواء كان عاماً أو خاصاً، وسند هذه القاعدة أنه أشبه بالإجماع، فكما أن الإجماع حجة فكذلك استعمال الناس يكون حجة.

ويُلاحظ على هذه القاعدة، حسب ما ورد في المجلة، عدة ملاحظات، منها:

أ- الاستعمال قد يكون عرفاً فاسداً غير مشروع، مثل عملية (سرقفلية)، فهنا لا يجوز العمل بهذا العرف الفاسد رغم استعمال الناس.

ب- الوجوب غير وارد، لأن العرف الفعلي أو القولي ولو كان مشروعاً لا يُفرض الشرع أو القانون العمل بمقتضاه، فكيف يكون واجباً، فالعرف الصحيح الذي توافرت عناصره وانتفت موانعه يجوز الاتفاق على مخالفته، فما جاز الاتفاق على مخالفته، لا يكون واجباً على أحد أن يعمل بمقتضاه.

ج- قياس هذا الاستعمال على الإجماع قياس مع الفارق، لأن الإجماع هو اتفاق مجتهدي أمة محمدﷺ بعد وفاته في عصر من العصور على حكم شرعي اجتهادي لسندٍ. أي يُشترط في الإجماع الشروط الواردة في هذا التعريف، وهي غير متوفرة في استعمال الناس. ثم إن الإجماع نفسه محل خلاف في إمكانية انعقاده أو عدم إمكانيته.

د- واتفاق مذهب على استعمال معين كاستعمال بيع الوفاء عند الحنفية لا يُسمى إجماعاً.

وخلاصة الكلام إن استعمال الناس إذا كان مشروعاً توافرت فيه شروط العرف العملي، فحكمه حكم العرف العملي الصحيح في جواز العمل به أو الاتفاق على مخالفته. فبحث هذه القاعدة بصورة مستقلة عن العرف العملي ضياع للوقت والعمر.

---

١ مجلة الأحكام العدلية، م٣٧

-١٦-

قاعدة
(إعْمَالُ الْكَلَامِ أَوْلَى مِنْ إِهْمَالِهِ)[١]

أي لا يُهمل الكلام مادام حمله على معنى من المعاني ممكناً، لأنه يصدر عن بالغ عاقل مختار واعٍ، وهو لا يتكلم باللغو والعبث.

ومن تطبيقات هذه القاعدة:

١- من وقف ماله على ولده ثم على الفقراء، فإذا كان له ولد صلبي يُحمل عليه، وإلاّ فيُحمل على حفيده، فإذا لم يكن له ولد ولا حفيد صُرف ريع الموقوف للفقراء.

٢- الكلام يُحمل على التأسيس أي أداء معنى جديد، فإذا لم يمكن ذلك يُحمل على التأكيد، فإذا لم يُمكن حمله عليه أيضاً يُعد ملغياً.

٣- إذا قال البائع للمشتري[٢] خفضت لك من ثمن المبيع عشرة دنانير مثلا، ثم كرر نفس الكلام، يسقط من الثمن عشرون دينارا على أساس أن التكرار تأسيس وليس تأكيداً.

وجدير بالذكر أن قاعدة (إعْمَالُ الْكَلَامِ أَوْلَى مِنْ إِهْمَالِهِ) بمثابة جنس تندرج تحته أنواع، وقد جعل الباحثون في القواعد هذه الأنواع قسيمة لمقسمها وهو جنس، وقسيم الشيء مباين له، بينما الأنواع قسم والقسم أخص من المقسم والمقسم أعم منه. لذا بيّنت بحث تلك القواعد الفرعية تحت عنوان قاعدتها الرئيسة.

ومن هذه الأنواع:

١- قاعدة (إِذَا تَعَذَّرَتْ الْحَقِيقَةُ يُصَارَ إِلَى الْمَجَازِ)[٣]:

الحقيقة هي عبارة عن المعنى الموضوع له للفظ:

أ- فإذا كان الواضع من أهل اللغة يُسمى حقيقة لغوية، كالأسد للحيوان المفترس.

---

١ مجلة الأحكام العدلية، م٦٠

٢ منير القاضي، المرجع السابق، ١٢٣/١.

٣ مجلة الأحكام العدلية، م٦١.

ب- وإذا كان شرعيا يُسمى حقيقة شرعية كلفظ الصلاة وُضع لغـة للـدعاء. وشـرعاً لعبادة مخصوصة تبدأ بلفظ الله اكبر وتنتهي بالتسليم.
ج- وإذا كان الواضع من أهل العرف يُسمى حقيقة عرفية كلفظ الولد وُضع في لغـة العرب للذكر والأنثى وفي عرف العرب يُستعمل للذكر فقط.

٢- قاعدة (الْمُطْلَقُ يَجْرِي عَلَى إطْلَاقِهِ إذَا لَمْ يَقُمْ دَلِيلُ التَّقْيِيدِ نَصًّا أَوْ دَلَالَةً)[١]:

والمطلق هو لفظ شائع في أفراد مفهومه يُحمل عليهم على سبيل البدل والمناوبة مـن غير تخصص بعضها.
ومن تطبيقاتها:
أ- إذا أعار أحد لآخر شيئاً ولم يُعين نوع الانتفاع، كانت الإعارة مطلقـة، فللمسـتعير أن يستعمل العارية حسب الإطلاق وله أن ينتفع منها الانتفاع المعتاد بنفسه كما له أن يعيره لغيره، لكن لو قيّده المعير كانت الإعارة مقيـدة، فلـيس للمسـتعير أن يعير المعار لغيره.
ب- إذا وكل شخص آخر بأن يبيع شيئا من ماله دون تحديد ثمن معين، كانت الوكالة مطلقة، فللوكيل أن يبيع ذلك الشيء لمن شاء وبأي ثمن شاء، كما له أن يبيع كل الشيء أو بعضه، لكن لا يجـوز أن يقـوم بعمـل مُضـر بموكلـه أو مخـالف للعـرف السائد.

٣- قاعدة (الْوَصْفُ فِي الْحَاضِرِ لَغْوٌ وَفِي الْغَائِبِ مُعْتَبَرٌ)[٢]:

أي لا عبرة بالأوصاف التي تُذكر لتعريف الشيء المشاهد المشار إليـه، لأنـه معـروف بالمشاهدة والإشارة، وهما أبلغ وأوضح من التوصيف، لكنها تُعتبر في تعريف الشـيء الغائب لتعيينه، لأن الغائب لا يُعرف ولا يتعين إلا بالتوصيف.

---

١ مجلة الأحكام العدلية، م٦٤
٢ مجلة الأحكام العدلية، م٦٥

ومن تطبيقاتها:

أ- إذا أراد البائع بيع سيارته الحمراء وقال في إيجابه بِعتك هذه السيارة البيضاء وأشار إلى السيارة الحمراء وقبل المشتري، صحّ البيع ولغى وصف الأبيض، لكن لو باع سيارته وذكر وصف الأحمر والحال أنها أبيض، لا ينعقد البيع، انعقادا نافذا لازما، بل للمشتري الفسخ بخيار الوصف المرغوب فيه.

ب- إذا قال المدعي بحضور القاضي أن هذه السيارة الحمراء ملكي وشهد بذلك الشهود مشيرين إليها مع أنها بيضاء، تُقبل الدعوى والشهادة لأن الوصف هنا لغو.

٤- قاعدة (السُّؤَالُ مُعَادٌ فِي الْجَوَابِ)[1]:

أي إن ما قيل في السؤال المُجاب عنه بالتصديق يُعتبر معاداً ضمن الجواب، فكأن المجيب قد تكلم به على صورته الأصلية وأعاده جزءً في جوابه.

ومن تطبيقاتها:

أ- لو قال أحد للمريض مرض الموت: هل أوصيت بثلث مالك وجعلتني وصياً لتنفيذ الوصية؟ فأجاب: جعلت، يكون قد أوصى بثلث ماله وجعل السائل وصياً لتنفيذ وصيته.

ب- لو قال أحد لآخر: أخذت سيارتك هذه بخمسة ملايين، فأجاب المخاطب بكلمة: نعم، ينعقد البيع.

٥- قاعدة (لَا يُنْسَبُ إلَى سَاكِتٍ قَوْلٌ لَكِنَّ السُّكُوتَ فِي مَعْرِضِ الْحَاجَةِ بَيَانٌ)[2]

يعني: أنه لا يُعد ساكت أنه قال كذا، لكن السكوت فيما يلزم التكلم به إقرار وبيان.

---

١ مجلة الأحكام العدلية، م٦٦

٢ مجلة الأحكام العدلية، م٦٧

٦- قاعدة (دَلِيلُ الشَّيْءِ فِي الْأُمُورِ الْبَاطِنَةِ يَقُومُ مَقَامَهُ)[١]:

أي إذا كان الشيء خفيا يتعسر الوقوف عليه، يُقام سببه الظاهر مقامه، لأن الإنسان لا يستطيع كشف الأمور الباطنة الخفية، وإنما يستطيع الوقوف على وجوبها من دلائلها الظاهرة.

ومن تطبيقات هذه القاعدة:

أ- إذا ولدت المرأة لتمام ستة أشهر فصاعدا من تأريخ عقد الزواج، يثبت نسب المولود للزوج، لأن الدخول من الأمور الخفية، ويُقام عقد الزواج (دليله الظاهر) مقامه.

ب- إذا اطلع المشتري على عيب المبيع الذي اشتراه وبدأ بإصلاح هذا العيب، يُعد راضيا به، لأن الرضا من الأمور الخفية الباطنة، ولكن الشروع بإصلاح العيب دليل على ذلك الرضا الذي هو من الأمور الخفية.

٧- قاعدة (الْكِتَابُ كَالْخِطَابِ)[٢]:

أي: إن الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر. فكما أن الحاضرين يعقدان بالمشافهة العقود بينهما كعقد البيع أو الإجارة أو الكفالة أو نحو ذلك، فللغائبين أن يعقدا ذلك بينهما عن طريق المكاتبة إذا كانت الكتابة بيّنةً واضحة المراد.

ومن تطبيقات هذه القاعدة أن الموكل إذا وجه إلى وكيله كتابة العزل من الوكالة، فهذه الكتابة بمثابة العزل شفهياً.

٨- قاعدة (الْإِشَارَاتُ الْمَعْهُودَةُ لِلْأَخْرَسِ كَالْبَيَانِ بِاللِّسَانِ) [٣]:

أي إن إشارات الأخرس المعروفة مقاصده منها تُعتبر كالنطق، فإذا أشار الأخرس بإشارة يقصد منها غرضاً معروفا، يُعد كأنه نطق بألفاظ تدل على ذلك القصد. سواء كان الأخرس يعلم الكتابة أو لا.

---

١ مجلة الأحكام العدلية، م٦٨

٢ مجلة الأحكام العدلية، م٦٩

٣ مجلة الأحكام العدلية، م٧٠

ومن تطبيقاتها:

أ- يقع طلاق الأخرس بإشارة معروفة يُفهم منها معنى التطليق.

ب- يُعتبر كل إيجاب وقبول في العقود بالإشارة المعروفة بيانا باللسان.

وتلك القواعد التسع المذكورة هي بمثابة أنواع لقاعدة (إعمال الكلام أولى من إهماله) التي هي بمثابة الجنس لتلك الأنواع، وفي ميزان المنطق يجب استعراض تلك القواعد على أساس الجنس والأنواع، أو على أساس الأصل والفروع، وإلاّ للزم جعل الأقسام قسيمةً لمقسمها، وقسيم الشيء مبايناً لمقسمه، كما أن قسم الشيء أخص مطلقا من مقسمه. فيترتب على ذلك الخلط بين المباين والعموم والخصوص المطلق، أو بين القسم والقسيم.

-١٧-

قاعدة
(الإفراط والتفريط مرفوضان في القرآن)

الإفراط هو التجاوز عن الحدود المشروعة والمعقولة في الزيادة.

والتفريط هو التجاوز عن الحدود المبررة المقررة في النقص.

والقرآن الكريم يرفض بنص قطعي كليهما، لأن الشريعة الإسلامية شريعة وسط لا إفراط فيها ولا تفريط، كما في قوله تعالى: ﴿وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطاً لِّتَكُونُواْ شُهَدَاء عَلَى النَّاسِ وَيَكُونَ الرَّسُولُ عَلَيْكُمْ شَهِيداً...﴾[1].

ومن تطبيقات الإفراط والتفريط في العبادات، في موضوع نقض الوضوء باللمس بين غير المحارم من الذكور والإناث:

قول الشافعية: اللمس بين بشرة ذكر وبشرة انثى لا يجوز الزواج بينهما لنسب أو رضاع أو مصاهرة، ينقض وضوء كليهما، مهما بلغت سنهما ورغم عدم الشعور بأية لذة شهوانية. استنادا إلى الأخذ بالمعنى اللغوي فقط لمصطلح اللمس دون رعاية فلسفة نقض هذا الوضوء وحكمته وهي الشعور باللذة الشهوانية.

وهذا يُسمى تفريطا أي تجاوزاً عن الحدود من جانب النقص.

وقد ورد في كتاب (المجموع شرح المهذب للشيرازي)[2]: "المسألة الثالثة: إذا التقت بشرتا رجل وإمرأة أجنبية تُشتهى، إنتقض وضوء اللامس منهما، سواء كان اللامس الرجل أو المرأة، وسواء كان اللمس بشهوة أم لا، تعقبه لذة أم لا، وسواء قصد ذلك، أم حصل سهواً أو اتفاقاً، وسواء استدام اللمس أم فارق، بمجرد التقاء البشرتين، وسواء لمس بعضو من أعضاء الطهارة، أم بغيره، وسواء كان الملموس أو الملموس به صحيحاً أو أشلّ، زائدا أم أصلياً، فكل ذلك ينقض الوضوء عندنا.. الرابعة: هل ينتقض وضوء الملموس؟ فيه قولان مشهوران، قد ذكر المصنف دليلهما، وذكر الماوردي والقاضي حسين والمتولي وغيرهما أن

---

[1] البقرة : ١٤٣

[2] للإمام أبي زكريا محي الدين بن شرف النووي، ٢٦/٢

القولين مبنيان على القراءتين، فمن قرأ (لمستم) لم ينقض الملموس لأنه لم يلمس، ومن قرأ (لامستم) ناقضه لأنه مفاعلة.. وقال الشيخ ابو حامد: نقل حرملة أنه لا ينتقض، ونصّ الشافعي في مختصر المزني والأم والبويطي والإملاء والقديم وسائر كتبه، أنه ينتقض، وكذا قال المحاملي وغيره، قال الشافعي في حرملة لا ينتقض، وقال في سائر كتبه ينتقض. وبعضهم يقول عامة كتبه ينتقض."

وبخلاف الشافعية، ذهب الحنفية إلى تفسير اللمس بالمعاشرة الجنسية، فلا ينقض الوضوء بمجرد اللمس بين الصنفين (الذكر والأنثى)، ما لم يصل هذا اللمس إلى درجة المعاشرة الجنسية.

وهم أعطوا الدور لحكمة نقض الوضوء (اللذة الشهوانية) ١٠٠٪، وبذلك أفرطوا وتجاوزوا عن حدود اللمس الناقض للوضوء، كما أراده القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿... أَوْ لَامَسْتُمُ النِّسَاءَ ...﴾.

وقد ورد في (بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع)[1]: "ولو لمس امرأته بشهوة أو غير شهوة، فرجها أو سائر أعضائها، من غير حائل، ولم يَنتشر لها، لا ينتقض وضوؤه عند عامة العلماء. وقال مالك: إن كان المسّ بشهوة يكون حدثاً (أي ينقض وضوؤه) وإن كان بغير شهوة بأن كانت صغيرة أو كانت ذا رحم محرم منه، لا يكون حدثاً، وهو أحد قولي الشافعي. وفي قولٍ يكون حدثاً كيفما كان، بشهوة أو بغير شهوة. وهل تنتقض طهارة الملموسة؟ لاشك أنها لا تنتقض عندنا. وللشافعي فيه قولان احتجاجاً بقوله تعالى ﴿أَوْ لَامَسْتُمُ النِّسَاءَ﴾[2]، والملامسة مفاعلة من اللمس، واللمس والمسّ واحد لغة، قال تعالى: ﴿وَأَنَّا لَمَسْنَا السَّمَاءَ﴾[3]، وحقيقة اللمس اللمس باليد، والجماع مجازٌ، أو هو حقيقة لهما جميعاً لوجود المس فيهما جميعاً. وإنما اختلف آلة المسّ، فكان الإسم حقيقة لهما لوجود معنى الإسم فيهما، وقد جعل الله المسّ حدثاً، حيث أوجب به إحدى الطهارتين وهي التيمم. ولنا ما روي عن عائشة (رضي الله عنها) أنها سُئلت عن هذه الحادثة، فقالت: ((كان رسول الله(ﷺ) يُقبل بعض نسائه ثم

---

[1] للعلامة الفقيه علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المتوفى ٥٨٧هـ، نشر زكريا علي يوسف، ١/١٤٨.

[2] النسآء/٤٣، المائدة/٦.

[3] الجن : ٨

يخرج إلى الصلاة ولا يتوضأ))[1]، ولأن المس ليس بحدث لنفسه، ولا سبب لوجود الحدث غالباً، فاشبه مسّ الرجل الرجل، والمرأة المرأة، ولأن مسّ أحد الزوجين صاحبه مما يكثر وجوده، فلو جُعل حدثاً لوقع الناس في الحرج، وأما الآية فقد نُقل عن ابن عباس (ﷺ) أن المراد من اللمس الجماع، وهو ترجمان القرآن".

وبناء على ما ذكرنا لا يجوز العمل في نقض الوضوء، لا بالمذهب الشافعي، ولا بالمذهب الحنفي، لأن كلا المذهبين مخالف لنص القرآن على وسطية الشريعة الإسلامية بعيدة عن الإفراط والتفريط.

والرأي الراجح الذي يجب العمل به هو ما ذهب إليه المالكية من أن اللمس الناقض للوضوء هو الذي يقترن بالشعور باللذة الجنسية، فمن لمس بشرة أنثى غير مَحرمة، لا ينقض وضوءهما ما لم يشعرا باللذة الجنسية جراء هذا اللمس.

وهذا يبقى بين اللامس واللامسة وبين الله. لأنه أمر مستور لا يشعر به غيرهما.

ورد في (الخرشي على مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشية الشيخ العدوي)[2]: "أن النقض باللمس مقيد بما إذا قصدا اللذة ووجداها اتفاقاً أو لم يجدها على المنصوص أو وجدها فقط من غير قصد، أما إذا انتفت اللذة مع قصدها، فلا نقض اتفاقاً. فقوله إن قصد، أي صاحبه السابق من لامس وملموس، وقوله أو وجدها أي من غير قصد، وإنما كان وجدان اللذة هنا ناقضا مع عدم القصد، لأنه هو المقصود من الطلب. وكانت أولى منه بالحكم، إلا القبلة بفم، وإن بكره أو استغفال، لا لوداع أو رحمة، هذا مستثنى من قوله لا انتفيا، أي لا ينقض الوضوء مع انتفاء القصد واللذة اتفاقاً، إلا القبلة على فم، ولو من محرم، فتنقض وضوؤهما، لأن اللذة لا تنفك عنها. ولا يُشترط في النقض بالقبلة طوع ولا علم، فمن قبلته زوجته كارها انتقض وضوؤه ووضوؤها، وكذلك لو قبّلها مكرهةً. قال في المجموعة: وإذا قبّلها في الفم مكرهة أو طائعة، فليتوضآ جميعا، ومحل نقض الوضوء من القبلة في الفم إن كان لغير وداع أو رحمة، أما إن كانت لقصد وداع أو رحمة، أي شدّه أو نحوها، فلا نقض، ما لم يتلذذ".

---

[1] سنن الترمذي، كتاب الطهارة عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في ترك الوضوء من القبلة.

[2] دار صادر بيروت ١/١٥٥

-١٨-

قاعدة

(الإقالة، تُكيف بالفسخ والبيع)[١]

الإقالة في اللّغة: الرّفع والإزالة، ومن ذلك قولهم: أقال اللّه عثرته إذا رفعه من سقوطه. ومنه الإقالة في البيع، لأنّها رفع العقد.

وهي في اصطلاح الفقهاء: رد المبيع للبائع الأول بالثمن الأول برضاء الطرفين.[٢]

يترتب على الاختلاف في هذا التكييف أحكام، منها ما يلي:

١- إذا كُيفت بالفسخ، تجوز اقامتها قبل قبض محل العقد. بخلاف ما إذا كُيفت بالبيع فإنها لا تجوز قبل القبض.

٢- لو تقايلا بعد تلف المبيع، جاز إذا كُيفت بالفسخ، بخلاف ذلك في تكييفها بالبيع، فلا يجوز.

٣- لا يتجدد حق الشفعة على أساس كونها فسخاً، ويتجدد بناءً على أنها بيع.

٤- إذا اشترى شخص شيئين بصفقة واحدة، فتلف أحدهما، جازت الإقالة في الباقي على قول الفسخ دون البيع.

٥- عدم ثبوت الخيار بناءً على الفسخ وثبوته على أنه بيع.

٦- إذا تقايلا واستمرّ في يد المشتري، نفذ تصرف البائع فيه في الفسخ بخلاف البيع.

٧- لو تلف في يد المشتري بعد التقايل انفسخت إذا كانت بيعاً، وفي الفسخ ضمنه المشتري.

٨- لو تعيّب في يده، غُرِّم الأرش في الفسخ بخلاف البيع.

٩- لو استعمله المشتري بعد الإقالة، عليه الأجر في البيع بخلاف الفسخ.[٣]

---

[١] تبين الحقائق للزيلعي ٩١/٤

[٢] وهي فسخ في حق المتعاقدين وبيع في حق الثالث عند أبي حنيفة، وإذا لم يمكن جعلها فسخاً بأن حصل في المبيع زيادة بعد القبض أو هلك المبيع، فتبطل الإقالة ويبقى البيع لتعذر الفسخ، لأن الزيادة المنفصلة المتولدة من المبيع تمنع الفسخ، كما لا يُتصور الفسخ بعد هلاك المبيع.
تبين الحقائق في شرح كنز الدقائق، للإمام فخرالدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، الطبعة الأولى ١٣١٤هـ، ٧٠/٤.

[٣] الأشباه والنظائر في القواعد وفروع الشافعية، للإمام جلال الدين عبدالرحمن السيوطي، ص١٩٠.

-١٩-

القاعدة
(الاضْطِرَارُ لَا يُبْطِلُ حَقَّ الْغَيْرِ)[1]

الصواب:
(الإضطرار لا يُبطل حق الغير في التعويض)

الاضطرار هو أن يُجبر الإنسان على عمل محظور بحيث يُجيز له أن يرتكب العمل المحظور.

والاضطرار نوعان: داخلي (ذاتي) وخارجي.

فالاضطرار الداخلي كالجوع الذي يدفع الجائع إلى أكل مال الغير دون إذنه، والاضطرار الخارجي كالإكراه وهو إجبار شخص بغير حق على أن يعمل عملاً دون رضاه.

وقد قسم فقهاء الحنفية الإكراه إلى نوعين:- ملجئ وغير ملجئ، لان الإكراه اذا كان بالتهديد بالقتل أو بتر أحد الأعضاء أو بالضرب الذي يُخاف فيه تلف النفس أو العضو، فهو إكراه ملجئ وتام وأثره أنه يُعدِم الرضا ويُفسد الاختيار.

أما إذا كان التهديد بالحبس البسيط أو القيد أو الضرب الذي لا يُفضي إلى التلف، فهو إكراه ناقص (غير ملجئ)، وهو يعدم الرضا لكن لا يفسد به الاختيار، لأن المكرَه يستطيع تحمل الأذى المهدد به.

ومنهم من زاد عليه نوعا ثالثاً وهو الذي لا يُعدم الرضا ولا يُفسد الاختيار، كأن يُهدد بحبس أبيه أو ولده وما يجري مجراه من حبس كل ذي رحم محرم منه[2].

وإذا نشأ من جراء العمل الذي أجازته الضرورة حق للغير، فإن هذا الحق لا يبطله الاضطرار، بل لصاحبه أن يتمسك به، فلو أصاب إنسان مال الغير بناءً على الاضطرار الذي يُجيز له التصرف في ماله، لا تكون الإصابة الناشئة عن هذا الاضطرار سبباً لأن يكون المتلف غير ضامن، بل يجب عليه ضمان المال المتلف أيّاً كان نوع الإتلاف.

---

[1] مجلة الاحكام العدلية م٣٣.

[2] كشف الاسرار على اصول البزدوى ١٥٠٣/٤ .تكملة فتح القدير ٢٣٣/٩ ومابعدها.

الأحكام المترتبة على هذه القاعدة:

يترتب على القاعدة المذكورة أحكام منها: -

أ- لو جاع شخص واصبح عرضة للهلاك، فله الحق في أن يأخذ من طعام الغير ما يسد به حاجته، دون إذن صاحبه، إلا أنه يجب عليه أن يضمن مثل المتلف، اذا كان مثليا وقيمته اذا كان قيميا، ولا يتخلص من ذلك الضمان بدافع الاضطرار، لأن الاضطرار لا يبطل حق الغير.

ب- لو استأجر شخص سفينة لمدة ثلاثة أيام مثلاً لنقل البضائع عن طريق البحر من بلد إلى آخر، فإذا انقضت مدة الإجارة والسفينة لم تزل في البحر، فإن الإيجار يُعتبر مستمرا بحكم الاضطرار إلى أن تصل السفينة ساحل البحر. ولكن هذا الاضطرار لا يبطل حق صاحبها من أجرة المثل عن المدة الزائدة على مدة الإجارة، بل له أن يستوفي عنها أجرة المثل.

جـ- اذا أكره شخص أحداً على إتلاف مال الغير فأتلفه المكرَه (بفتح الراء)، فإن صاحب المال لا يَبطل حقه بهذا الإكراه، بل له أن يُضمن المكرِه (بكسر الراء) اذا كان الإكراه ملجئا. والا فيكون الضمان على المتلف المباشر.

د- لو اضطر سائق إلى تغيير الاتجاه لوجود طفل أمامه في وسط الشارع، وأدي ذلك إلى هدم سياج الدار الواقعة على الشارع، فهدمه وأتلف حديقته، فإن هذا الاضطرار لا يعفيه من الضمان، بل يجب عليه دفع التعويض للمتضرر[1]، لأن الإكراه ليس من أسباب الإباحة وإنما هو من أسباب الرخصة وهي لا تنافي الضمان.

---

[1] تكملة فتح القدير /٢٤٣/٩ ومابعدها.

-٢٠-

قاعدة
(الأُمُورُ بِمَقَاصِدِهَا)[1]

مصدر هذه القاعدة قول الرسول ﷺ ((إِنَّمَا الأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى..الخ)).[2]

وقال الفقهاء هذه القاعدة ثلث العلم، لأن كسب العبد يقع بقلبه ولسانه وجوارحه، والنية أحد هذه الأقسام الثلاثة وأرجحها، لأنها قد تكون عبادة مستقلة وغيرها يحتاج إليها.[3]

من تطبيقات هذه القاعدة ما يلي:

١- عدم اشتراط النية في عبادة لا تكون عادة وتلتبس بغيرها، كالإيمان بالله والخوف والرجاء وقراءة القرآن والأذكار، لأنها تتميز من غيرها بصورتها.

٢- عدم اشتراط النية في ترك الأعمال غير المشروعة، سواء كانت من الجرائم كالزنى والسرقة والقتل ونحو ذلك من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية وجرائم التعزير، لكن تحتاج إليها في حصول الثواب المترتب على تركها.

٣- اشتراط نية التعيين في ما يلتبس دون غيره، كالصلاة، ويشترط نية التعيين في فرائضها لتساوي الظهر والعصر فعلاً وصورة، لا يُميز بينهما إلا نية التعيين، وكالسنن القبلية والبعدية للظهر، وكصلاة عيد الفطر وعيد الأضحى.

---

[1] مجلة الأحكام العدلية، م٢.

[2] رواه البخاري ومسلم وابوداود والترمذي وابن ماجة والنسائي عن عمر بن الخطاب. هذا الحديث متفق عليه، أخرجه الأئمة المذكورة إلا الموطأ.
((حَدَّثَنَا الْحُمَيْدِيُّ عَبْدُ اللهِ بْنُ الزُّبَيْرِ قَالَ حَدَّثَنَا سُفْيَانُ قَالَ حَدَّثَنَا يَحْيَى بْنُ سَعِيدٍ الأَنْصَارِيُّ قَالَ أَخْبَرَنِي مُحَمَّدُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ التَّيْمِيُّ أَنَّهُ سَمِعَ عَلْقَمَةَ بْنَ وَقَّاصٍ اللَّيْثِيَّ يَقُولُ سَمِعْتُ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ عَلَى الْمِنْبَرِ قَالَ سَمِعْتُ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ إِنَّمَا الأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى فَمَنْ كَانَتْ هِجْرَتُهُ إِلَى دُنْيَا يُصِيبُهَا أَوْ إِلَى امْرَأَةٍ يَنْكِحُهَا فَهِجْرَتُهُ إِلَى مَا هَاجَرَ إِلَيْهِ))

[3] القواعد الفقهية للشيخ عبدالله بن سعيد، ص١٠ وما يليها.

٤- فإذا دخل شخص المسجد ونوى صلاة الصبح وتحية المسجد، كفت وصحّت، وكذا إذا نوى الغُسل والوضوء أو الحج والعمرة.

كيفية قصد الشيء:

قصد الشيء يكون مقترنا بفعله.

محل النية:

لا يكفي التلفظ باللسان دون القلب، ولا يُشترط مع القلب التلفظ في العبادات، لكن يشترط التلفظ والقلب في الزواج والطلاق والمعاملات المالية، كالبيع والإيجار ونحوهما.

وقت النية:

وقت النية أول المباشرة بالعبادة، كالوضوء والصلاة، أو المقارنة العرفية بعيدة عن الوساوس المذمومة، وهناك عبادات لا يُشترط فيها المقارنة كالصيام، فيجوز تقديم النية على الفجر، وكالزكاة يجوز النية قبل تنفيذها.

هل النية ركن او شرط؟

فيهما خلاف، ولا يترتب على هذا التكييف حكم مادام الشرط في العقود شرط الانعقاد.

-٢١-

قاعدة
(الأَمْرُ بِالتَّصَرُّفِ فِي مِلْكِ الْغَيْرِ بَاطِلٌ)[١]

وهذه القاعدة من القواعد المنتشرة خطأً، فيجب تقييدها وتعديلها بالآتي: (الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل إلا لمبرر). أي لا يصح لأحد أن يتصرف تصرفا فعلياً في ملك الغير، كما لا يجوز استعماله واستغلاله، سواء كان خاصاً أو مشتركاً، إلاّ بنيابة قانونية أو اتفاقية أو قضائية، وإلاّ يُعد غاصبا فيجب رده إذا كان باقياً أو رد بدله من مثلٍ في المثليات وقيمةٍ من القيميات، كما يجب عليه أجر المثل في حالتي الإستعمال والإستغلال.

ومن المبررات ما يلي:

أ- تصرف الحكومة في مال الأفراد بالإتلاف إذا كان هذا المال مضرا بالمصلحة العامة، كأن يكون غير صالح للاستعمال كالأدوية غير الصالحة للاستعمال فيجب إتلافها بدون إذن صاحبها، وكذلك الأموال التي تستورد من الخارج وهي غير صالحة للاستعمال، فيجوز إتلافها في الحدود الدولية أو بعد دخولها في البلد، وذلك رعاية للمصلحة الصحية العامة.

ب- تصرف المحكمة في مال المدين المماطل في وفاء دينه مع تمكنه وذلك وفاءً لحق الدائن، فلها أن تبيعه في مزاد علني لاسترداد دين الدائن.

ج- هدم البيوت المجاورة للطريق العام لتوسيع الطريق، وكذلك استملاك أملاك الغير بدون إذن أصحابها بقصد إنشاء مؤسسة ذات النفع العام كالمستشفى والمدرسة وغيرهما. ولكن يجب على الحكومة دفع تعويض عادل لأصحابها.

د- وكذلك يجوز للولي أو الوصي التصرف في مال القاصر الذي تحت ولايته، إذا كان في هذا التصرف مصلحة للقاصر. لكن إذا تصرف شخص في مال الغير لمصلحة هذا الغير يكون صحيحاً موقوفا على إجازة هذا الغير كما في تصرفات الفضولي كشراء مالٍ للغير أو بيع له لمصلحته.

ونرى تعديل هذه القاعدة بالآتي: ((الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل إلا لمبرر)).

---

[١] مجلة الأحكام العدلية، م٩٥.

(حرف الباء)

-٢٢-

قاعدة

(البدعة في الشؤون الدنيوية واجبة وفي الأمور الدينية محرمة)

في هذه القاعدة أصلان مهمان، أحدهما أن العبادات التي كُلف بها الإنسان لا يجوز فيها الاجتهاد، وليس باستطاعة أي أحد استحداث عبادة لم يأمر بها سبحانه وتعالى في القرآن الكريم أو في السنة النبوية، كما ليس له تنقيص أو حذف عبادة أمر بها سبحانه وتعالى.

والبدعة المحرمة إنما تكون في العبادات، فليس لله سبحانه وتعالى شريك في تشريع الأحكام، وحتى الرسولﷺ حُددت وظيفته في أمرين:

أحدهما التبيين، والثاني التبليغ.

فقال تعالى في التبيين: ﴿وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾[1]، والتبيين إما أن يكون تخصيص نص عام لم يكن عمومه مراداً، كتخصيص عموم آية: ﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَفْرُوضًا﴾[2]. فخُصص عموم هذه الآية بقول الرسولﷺ: ((لا يَرِثُ الْقَاتِلُ))[3] وبقوله: ((لَا يَتَوَارَثُ أَهْلُ مِلَّتَيْنِ))[4].

أو تقييد مطلق لم يكن إطلاقه مراداً، كما في قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾[5]. فلفظ الوصية في هذه الآية ورد مطلقاً، فيشمل الوصية بكل التركة أو ثلثيها أو نصفها أو ثلثها أو

---

١ النحل / ٤٤.

٢ النساء / ٧.

٣ رواه أبو داود ٢٥٨١، رواه مالك في الموطأ وأحمد وابن ماجه ٢٥٨٢.

٤ أخرجه أحمد وأبو داود وابن ماجه من حديث عبد الله بن عمر ، قال في النيل : سند أبي داود فيه إلى عمرو بن شعيب صحيح.

٥ البقرة / ١٨٠

نحو ذلك، فقيّد الرسولﷺ مقدار الوصية التي يجوز للموصي أن يوصي بها بالثلث.

أو بيان مجمل كبيان الآية الآمرة بالصلاة، بأن أقام الصلاة أمام أصحابه، ثم قال لهم: ((صَلُّوا كَمَا رَأَيْتُمُونِي أُصَلِّي))[١]، وكأدائه لمناسك الحج بياناً لقوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنْ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلاً﴾[٢] ثم قوله لهم: ((خُذُوا عَنِي مَنَاسِكَكُمْ))[٣].

أو تأكيده لحكم ورد في القرآن، فحرّم سبحانه وتعالى أكل مال الغير وكل تجاوز على حقوقه بدون مبرر في قوله تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾[٤]، فأكّد الرسولﷺ هذا التحريم بقوله: ((لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ إِلَّا بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ))[٥].

أو بيان حكم ورد نظيره في القرآن وهو شبيه بالقياس، وعلى سبيل المثل حرّم القرآن الجمع بين الأختين، فحرم الرسولﷺ نظير ذلك بقوله: ((لا يُجْمَعُ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَعَمَّتِهَا وَلا بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَخَالَتِهَا))[٦].

وأما القول بأن حديث الرسولﷺ ينسخ القرآن، فهو خطأ فاحش لا يُغتفر. لأن النسخ لا يكون إلاّ بين المتناقضين، فينسخ الأخير تشريع الأول لرفع التناقض بينهما، والتناقض لا يكون إلا بين دليلين متكافئين، وحديث الرسولﷺ ليس متكافئا للقرآن، ولو كان متواترا.

ومن مصادر هذا الأصل قوله تعالى: ﴿أَمْ لَهُمْ شُرَكَاءُ شَرَعُوا لَهُمْ مِنْ الدِّينِ مَا لَمْ يَأْذَنْ بِهِ اللَّهُ﴾[٧]. ومثل الأمر بعبادته وحده لا شريك له في مواضع كثيرة، منها قوله تعالى: ﴿وَأَنَّ الْمَسَاجِدَ لِلَّهِ فَلاَ تَدْعُوا مَعَ اللَّهِ أَحَدًا﴾[٨]. والعبادة هي ما أمر به الشارع أمر إيجاب أو استحباب، فكل واجب أوجبه الله أو مستحب، فهو عبادة يُعبد الله به وحده، وهذا هو المراد

---

١ متفق عليه. أخرجه أصحاب السنن بسند صحيح.

٢ ال عمران/ ٩٧

٣ رواه مسلم من حديث جابر

٤ الشورى/ ٢١

٥ أخرجه البيهقي في شعب الإيمان (٣٨٧/٤ ، رقم ٥٤٩٢) . وأخرجه أيضًا: في السنن الكبرى (١٠٠/٦ ، رقم ١١٣٢٥) وصححه الألباني (الإرواء ، ١٤٥٩.

٦ متفق عليه، رواه البخارى فى صحيحه ومسلم فى صحيحه وأحمد فى مسنده والنسائى والترمذى وأبى داود فى سننه من حديث أبى هريره و بن ماجه عن أبى سعيد الخدرى.

٧ النساء/ ٢٩

٨ الجن/ ١٨

من قول الرسولﷺ: ((مَنْ عَمِلَ عَمَلًا لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ))[1]. والبدع من العبادات هي أن يُشرّع عبادة لم يُشرِّع الله والرسول جنسها أصلا، وسنن الصيام والصلاة من أوامر الرسولﷺ جنسها موجود في القرآن كالصلوات الواجبة والصيام الواجب يضاف إليه شعبان ونحوه.

والأصل الثاني أن كل ما يتعلق بشؤون الحياة من العادات المالية وغير المالية يجوز فيها الاجتهاد والاستحداث والزيادة والنقص، لأن الله سبحانه وتعالى بيّن العادات بقواعد كلية، فخوّل العقل البشري بإرجاع الجزئيات إلى الكليات المعقولة المعاني. وهذا الإرجاع نرى أنه قياس، فالقياس إرجاع الجزئيات إلى الكليات التي يُدرك العقل عللها، كإرجاع كل عملة متداولة في العالم معدنية كانت أم ورقية، إلى الذهب والفضة فيما يجب فيهما وما يحرم فيهما، كما في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلاَ يُنفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَبَشِّرْهُمْ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ﴾[2]. فكل ما يجب في هذين المعدنين النفيسين كالزكاة يجب في كل عملة معدنية أو ورقية متداولة في العالم في كل زمان ومكان التي حلّت محلّهما في التعامل بها. فكذلك يحرم في العملة المتداولة في كل زمان ومكان ما يحرم في الذهب والفضة كالربا.

ومن البدهي أن الحضارة البشرية والتقدم الطبي والتطور التكنلوجي وغيرها من أنواع الحضارات، كلها إنتاج الإبداع والاختراع والتفكير والتحليل والاستنتاج عن طريق المنطق العملي، أي كسب المجهولات من المعلومات المخزونة في عقول الجيل اللاحق التي ورثها من الجيل السابق. ثم استثمار تلك المعلومات المكتسبة الموروثة من قبل الجيل الذي يلي هذا الجيل، وهكذا فإن الحضارة هي مجهود عدة أجيال، كل جيل أضاف جديداً إلى ما ورثه من الجيل السابق.

هذا بخلاف العالم الإسلامي الذي بقي غارقاً في الخلافات المذهبية والطائفية وترديد ما قاله السلف، صحيحاً كان أم خطأً، ملائماً أو غير ملائم. وأصبح الشغل الشاغل لدى كل طائفة تكفير الطائفة الأخرى، وكل مذهب لتفسيق المذهب الآخر، ونتيجة لهذه التناقضات، تمزقت الأمة الإسلامية شرّ تمزق، وأدى ذلك إلى حلول القوانين الغربية والشرقية محل القرآن الكريم والسنة النبوية في تنظيم الحياة في كل مجال من مجالاتها. كما غزت المنتوجات المستوردة من العالم غير الإسلامي أسواق العالم الإسلامي.

---

[1] رواه مسلم ١٨/١٧١٨

[2] التوبة/ ٣٤

وعلى سبيل المثل إن الأرض التي تُسمى اليوم العراق، كانت مهبط اقدم الحضارات البشرية في العالم، والآن اصبح العراق بعد التناطح المذهبي والطائفي، دولة لا تجد في أسواقها أصغر بضاعة أو سلعة منتوجة من معامله أو مصانعه المحلية.

ومن البدع التي ابتدعها رجال الدين واعتبروها من لُبّ الدين الإسلامي، الاحتفال بليلة نصف من شعبان، بالصلاة أو غيرها، وأستشهد في هذا الموضوع بما قاله بعض كبار العلماء، ومنهم:

أولا: قال العلامة الشيخ عبدالعزيز بن عبدالله بن باز (رحمه الله) تحت عنوان (حكم الاحتفال بليلة نصف من شعبان): "إن الاحتفال بليلة النصف من شعبان بالصلاة أو غيرها وتخصيص يومها بالصيام، بدعة منكرة وليس له أصل في الشرع المطهر. وليلة النصف من شعبان ليس فيها حديث صحيح، وكل الأحاديث الواردة فيها موضوعة وضعيفة لا اصل لها، وهي ليلة ليس لها خصوصية، لا قراءةُ ولا صلاةً خاصة ولا جماعة، وما قاله بعض العلماء أن لها خصوصية، قول ضعيف، فلا يجوز أن تُخصّ بشيء.. هذا هو الصواب".[1]

ثانيا: العلامة الشيخ فتحي أمين عثمان، تحت عنوان (ليلة النصف من شعبان وحكم الاحتفال بها في رأي العلماء) يقول: "نحن نُحب أن نعبد الله تعالى بما شرع في كتابه وسنة نبيه، لا بما يُشرع الناس بأهوائهم، وقد تعرض الإسلام بالبدع ومحدثات الأمور في العقائد والعبادات وغيرها. وكان ذلك بتخطيط ماكر نسجته عناكب الملل الضالّة وذهب الماكرون وجاء دور المقلدين الغافلين، ولقد كان من بين ما أحاطه الناس بالبدع والخرافات، ليلة النصف من شعبان، ومما يورث الحسرة أنهم يعضون على تلك البدع بالنواجذ ويرون إعادتهم إلى كتاب الله وسنة رسوله شيئا غريبا".

ثالثا: الإمام الأكبر الشيخ محمود شلتوت يقول: "ابتدع الفاطميون للناس أن يجتمعوا ليلة النصف من شعبان بعد صلاة المغرب في المساجد ليتلوا سورة (يس) ثلاث مرات، الأولى بنية طول العمر، والثانية بنية سعة الرزق، والثالثة بنية الاستغناء عن الناس. وبعد كل مرة من هذه المرات الثلاث يُلقنهم الإمام دعاءً موضوعاً ينسبونه إلى الصحابي الجليل عبدالله بن مسعود، وعن هذا الفهم الخاطئ لدى العامة في أن ليلة

---

[1] كتاب التحذير من البدع لسماحة الشيخ عبدالعزيز بن عبدالله بن باز، عبارة عن أربع رسائل في حكم الإحتفال بالمولد النبوي وليلة الإسراء والمعراج وليلة النصف من شعبان.

النصف من شعبان، هي الليلة التي يُفرق فيها كل أمر حكيم ويُبرم.

ومن الواضح أن الرسول الأمين(ﷺ) يقول: ((كل أمر ليس عليه أمرنا فهو رد))، ويقول ((وَإِيَّاكُمْ وَمُحْدِثَاتِ الْأُمُورِ فَإِنَّ كُلَّ مُحْدَثَةٍ بِدْعَةٌ وَكُلُّ بِدْعَةٍ ضَلَالَةٌ))[1]."

رابعا: وقال الإمام ابوبكر الطرطوشي (رحمه الله) في كتابه (الحوادث والبدع) ما نصه: "روى ابن وضاح عن زيد بن اسلم، قال: ما أدركنا أحداً من مشيختنا ولا فقهائنا، يلتفتون إلى النصف من شعبان، ولا يلتفتون إلى حديث مكحول، ولا يرون لها فضلاً على ما سواها."

خامساً: وقال الشوكاني رحمه الله في الفوائد ما نصه: "روي عن علي: من صلّى مئة ركعة ليلة النصف من شعبان، يقرأ في كل ركعة بفاتحة الكتاب وقل هو الله أحد عشر مرات، إلا قضى الله له كل حاجته.." ثم يقول الشوكاني: "هو موضوع وفي ألفاظه المسرحة بما يناله فاعلها من الثواب بما لا يمتري إنسان له تمييز في وضعه ورجاله مجهولون".

سادسا: وقال في المختصر: "حديث صلاة نصف شعبان، ولأبن حبان من حديث علي، ((إذا كان ليلة النصف من شعبان، فقوموا ليلها وصوموا نهارها)) ضعيف، وقد اغترّ بهذا الحديث جماعة من الفقهاء، كصاحب إحياء علوم الدين وغيره، وكذا من المفسرين، وقد رويت صلاة هذه الليلة على أنحاء مختلفة، كلها باطلة وموضوعة".

سابعا: وقال الحافظ العراقي: "حديث صلاة ليلة النصف موضوع على رسول الله(ﷺ) وكذب عليه".

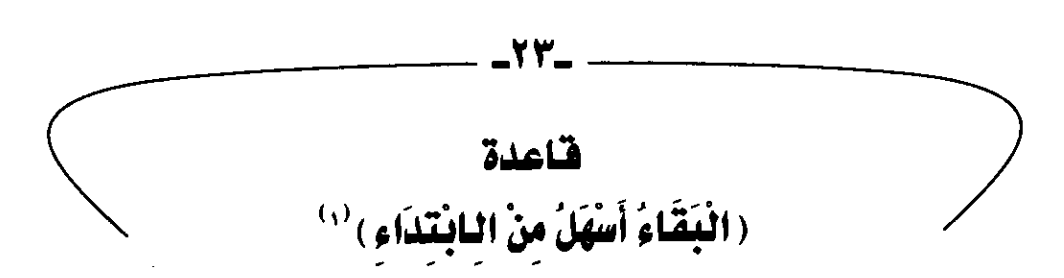
ثامناً: وقال الإمام النووي في كتاب المجموع: "الصلاة المعروفة بصلاة الرغائب، وهي اثنتى عشرة ركعة بين المغرب والعشاء ليلة أول جمعة من رجب، وصلاة النصف من شعبان مئة ركعةٍ، هاتان الصلاتان بدعتان منكرتان، ولا يغترّ بذكرهما في كتاب (قوت القلوب) و(إحياء علوم الدين) ولا بالحديث المذكور فيهما، فإن كل ذلك باطل، ولا يغترّ ببعض من اشتبه عليه حكمهما من الأئمة".

تاسعاً: وقد صنف الشيخ الإمام أبو محمد عبدالرحمن بن إسماعيل المقدسي، كتاباً نفيساً في إبطال صلاة الرغائب ليلة أول جمعة من رجب وليلة النصف من شعبان.[2]

---

[1] السنة لابن أبي عاصم، بَابُ ذِكْرِ مَا زَجَرَ النَّبِيُّ... حديث مرفوع.

[2] يُنظر: مجلة التوحيد، عدد ٨ لسنة ١٤٠٩ هـ.


-٢٣-

قاعدة

(الْبَقَاءُ أَسْهَلُ مِنْ الابْتِدَاءِ)[١]

أي يُعتبر بقاء الشيء على حاله واستمراره عليها أسهل مما لو بُدئ بإيجاد تلك الحالة وإنشائها، فالشرع يتسامح في الحكم ببقاء الشيء على حاله، أي خلال الأمر وأثنائه، مع أنه لا يتسامح في اعتبار تلك الحالة لو أريد إيجادها وإحداثها.

ومن تطبيقات هذه القاعدة:

١- لا يصح إيجار المشاع لغير الشريك، ولكن لو أجّر أحد داره ثم ظهر مستحق لنصفها، فإن الإجارة للنصف الآخر تبقى صحيحة رغم صيرورته مشاعاً، وقد جاز في البقاء ما لم يَجُزْ في الابتداء.

٢- ليس للوكيل ببيع شيء أن يوكل غيره ببيعه، لكن لو باع ذلك الشيء فضوليٌّ ثم أجاز الوكيل المذكور بيع الفضولي، فإن البيع يكون نافذاً، مع أن الإجازة اللاحقة بحكم الوكالة السابقة.

٣- لو اشترى مشاعا لا يصح عقد الإيجار، سواء قبل القسمة أو لا أو في طرأ الشيوع بعد العقد ثم ظهر جزء منه شائعاً بسبب الإستحقاق لا يصح العقد.

٤- إذا أفسخ العاقدان الإجارة في بعض منافع منه تبقى الإجارة في الباقي رغم صيرورته شائعا.

٥- لو اعترفت إمرأة بأنها في العدة، لا يجوز زواجها، لكن لو طهرت العدة بعد الزواج بأن عاشرها شخص بالشبهة اثناء الزواج فعليها العدة ورغم ذلك لا ينفسخ النكاح والزواج.

---

١ مجلة الأحكام العدلية، ، م٥٦

(حرف التاء)

ـ٢٤ـ

قاعدة
(التَّابِعُ تَابِعٌ)[١]

أي أن التابع للشيء في الوجود تابع له في الحكم، فيترتب عليه الحكم الثابت لمتبوعه.

وعلى سبيل المثل: إذا باع شخص بقرة حاملاً، يدخل الحمل في بيعها، لأنه تابع لها. ومن باع بُستاناً يدخل في بيعه ثمرته التي كانت موجودةً قبل العقد والتي تحصل بعده، سواء كانت قبل تسليم المبيع إلى المشتري أو بعده، لأنها تابعة للمبيع في الوجود بالفعل أو بالقوة.

وكذلك من غصب مال الغير، فزوائده التي تحصل بعد الغصب تعود إلى المغصوب منه، لأن المغصوب ملكه، والزوائد تابعة له في الوجود، فكما يجب على الغاصب رد المغصوب، كذلك يجب عليه رد زوائده التي حصلت قبل الغصب أو بعده.

وهذه القاعدة (التابع تابعٌ) هي رئيسة تندرج تحتها قواعد أخرى فرعية، أو أنها بمثابة الجنس والتي تندرج تحتها بمثابة الأنواع، فوقع العلماء الباحثون في القواعد في نفس الخلط المذكور، أي الخلط بين الأقسام والقسيم، فجعلوا الأقسام قسيمةً، مع أن الأقسام أخص من المقسم، وقسيم الشيء مباين له، كما ذكرنا، لذا فضّلت بحث تلك القواعد الفرعية تحت عنوان القاعدة الرئيسة.

ومن تلك القواعد ما يلي:

١- قاعدة (التَّابِعُ لَا يُفرَدُ بِالْحُكْمِ)[٢]

أي إن التابع للشيء في الوجود لا يجوز أن يُفرد بحكم خارج عن حكم متبوعه، لأنه عند وجوده يلحقه حكم متبوعه، فلا ينفرد بالحكم.

---

١ مجلة الأحكام العدلية، ، م٤٧

٢ مجلة الأحكام العدلية، ، م٤٨

ومن تطبيقات هذه القاعدة:

أ- لا يجوز التصرف بالجنين في بطن أمه، لا معاوضة ولا تبرعا.

ب- لا يجوز بيع حقوق الارتفاق التابعة لعقار بدون بيع العقار، لأنها تابعة له في الوجود من حيث الانتفاع، فتتبعها في الحكم.

٢- قاعدة (مَنْ مَلَكَ شَيْئًا مَلَكَ مَا هُوَ مِنْ ضَرُورَاتِهِ) [١]

أي أن مالك الشيء يملك ما هو من الأمور الضرورية له في الانتفاع، وهي تكون من لوازمه حيث لا يُستغنى عنها حين الاستفادة من الشيء المملوك.

ومن تطبيقات هذه القاعدة:

أ- إذا اشترى شخص داراً ملك الطريق الخاص الموصلة إليها، لأنها ضرورية للدار، فلا يُنتفع بها بدونها.

ب- من اشترى شقة تابعة لعمارة، يملك سقفها ملكاً مشتركا بينه وبين مالك الشقة التي فوق شقته.

٣- قاعدة (إِذَا سَقَطَ الْأَصْلُ سَقَطَ الْفَرْعُ) [٢]:

أي إن التابع يسقط بسقوط متبوعه.

ومن تطبيقات هذه القاعدة:

أ- التزام الكفيل تابع لالتزام الأصيل، فإذا سقط التزام الأصيل بوفاء الدين أو الإبراء أو بأي سبب آخر من أسباب سقوط الالتزام، يسقط التزام الكفيل.

ب- إذا هلك المبيع بيد البائع قبل التسليم، سقط ثمنه عن المشتري، لأن الثمن عوض المبيع ومتفرع عليه، فإذا هلك المبيع قبل التسليم، انفسخ العقد تلقائيا، فيسقط ما يقابله وهو الثمن. وجدير بالذكر أن هذا الموضوع، اختلف فيه فقهاء الشريعة وفقهاء القانون من حيث تحمل تبعة هلاك المبيع، هل هي على البائع أو على المشتري؟ فرأي الأكثرية ذاهب إلى أنه تكون على البائع، لأن البيع رغم انه نقل الملكية، إلا أن

---

١ مجلة الأحكام العدلية، ، م٤٩

٢ مجلة الأحكام العدلية، ، م٥٠

الملكية لا تزال غير كاملة لعدم تمكن المشتري من التصرف في المبيع قبل تسلمه. ومن قال إنها على المشتري قال لأنه مالك للمبيع والمملوك يهلك على مالكه. وفي رأينا المتواضع أن تبعة الهلاك تكون على كل من البائع والمشتري مناصفة، فالبائع يتحمل نصف التبعة لأنه لم ينقل الملكية نقلا كاملا بالتسليم، وأما المشتري فيُنظر إلى أنه مالك فيتحمل نصف التبعة دون كلها، لأنه لم ينتفع بالمبيع.

٤- قاعدة (إذَا بَطَلَ شَيْءٌ بَطَلَ مَا فِي ضِمْنِهِ) [١]

أي إذا كان ثبوت الشيء قد حصل في ضمن ثبوت شيء آخر، فإذا بطل هذا الشيء الآخر، بطل الشيء الذي في ضمنه. وبتعبير آخر فإذا بطل المتضمِن (بكسر الميم) بطل المتضمَن (بفتح الميم).

ومن تطبيقات هذه القاعدة:

١- إذا كان المغصوب قائما بيد الغاصب، وجب رده إليه ولا يُصار إلى مثله إذا كان مثليا أو إلى قيمته إذا كان قيمياً. لأن الواجب هو رد الأصل وقد امكن لقيامه بيد الغاصب، فلا يُصار إلى بدله. لكن إذا لم يكن المغصوب في يد الغاصب بأن هلك أو أُستهلك، فإنه يضمن مثله أو قيمته لتعذّر الإيفاء بالأصل، فيصار إلى البدل.

٢- لو وقع الصلح بين المدعي والمدعى عليه، وفي ضمن المصالحة قد أبرأ أحدهما الآخر، أو أن المدعى عليه أقر للمدعي بملكيته للمصالح عليه، ونظم المتصالحان صكاً منظما من الكاتب العدل، ثم تبين أن عقد الصلح الواقع فاسد، كما لو كان المصالح عليه عن دين مالا مجهولا، فالإبراء أو الإقرار الواقع ضمن هذه المصالحة باطل أيضاً. فليس للمُقرّ له أو المبرأ أن يتمسك بعد ذلك بهذا الإقرار أو الإبراء.[٢]

٥- قاعدة (إذَا بَطَلَ الأَصْلُ يُصَارُ إلَى الْبَدَلِ) [٣]

أي ان الشيء الواجب الإنتفاع به إذا تعذر إيفاؤه بنفسه لسبب ما، فإنه يجب إيفاء بدله، لأن البدل قائم مقام المبدل معنىً. أما إذا كان الإيفاء بنفس الشيء الواجب،

---

١ مجلة الأحكام العدلية، ، م٥٢

٢ الأستاذ منير القاضي، المرجع السابق ١/١١٣ ومايليها.

٣ مجلة الأحكام العدلية، ، م٥٣

فلا يجوز أن يُصار إلى البدل، بل يلزم أن يُصار إلى نفس الشيء، لأنه هو الواجب لا بدله.

ومن تطبيقات هذه القاعدة:

أ- من غصب مال الغير أو سرقه، فيجب عليه رد العين المغصوبة أو المسروقة للمغصوب منه والمسروق منه إذا كانت باقية، وإلاّ فيجب رد بدل العين من مثلها إذا كانت مثلية أو قيمتها يوم الغصب أو يوم السرقة إذا كانت قيميةً.

ب- من أتلف مال الغير فيجب عليه تعويض صاحب المال بمثله إذا كان المتلف مثلياً وبقيمته يوم الإتلاف إذا كان قيمياً.

٦- قاعدة (مَا حَرُمَ أَخْذُهُ حَرُمَ إعْطَاؤُهُ)[١]

أي إذا كان أخذ شيء حراما محظورا على الناس، فإعطاؤه محرم ومحظور أيضاً. ومن تطبيقات هذه القاعدة الرشوة، فإعطاؤها من قبل الراشي محظور فكذلك أخذها من قبل المرتشي.

٧- قاعدة (مَا حَرُمَ فِعْلُهُ حَرُمَ طَلَبُهُ)[٢]

أي إن الفعل إذا كان محظورا ممنوعا في حد ذاته، فإنه يُحرم على كل أحد أن يطلب من غيره إجراء ذلك الفعل المحظور. ومن تطبيقات ذلك إذا حرّض أحد امرأة على الفاحشة فيكون مسؤولا جنائيا يجب عقابه. وكذلك التحريض على كل فعل جرمي محظور، فالمحرض مسؤول جنائيا، فيجب معاقبته.

فهذه القواعد السبع وأمثالها بمثابة الفروع والأقسام للقاعدة الرئيسة، فالمفروض أن تعالج بعد اندراجها تحتها. بينما العادة المتبعة لدى الباحثين هي جعلها بمعزل عن رعاية الفرعية والأصلية، فأصبحت المعالجة من باب جعل القسم قسيما لمقسمه، علماً بأن قسيم الشيء مباين له، وأن القسم أخص مطلقاً من المقسم، فتكون المعالجة مخالفة لميزان المنطق، كما ذكرنا مراراً.

---

[١] مجلة الأحكام العدلية، م٣٤

[٢] مجلة الأحكام العدلية، م٣٥

-٢٥-

قاعدة

(التأويل، صرف اللفظ عن معناه الظاهر إلى غير الظاهر لمبرر)

التأويل استثناء من الأصل، وحفاظاً على ظواهر النصوص من نزعات الهوى، اشترط علماء أصول الفقه لصحته شروطاً أهمها ما يلي:

١- أن يكون النص قابلا للتأويل، بأن تكون دلالته على الحكم ظنية، بحيث يحتمل أكثر من حكم واحد ولو بدرجات متفاوتة في وضوح الدلالة على هذه الاحتمالات.

٢- أن يكون التأويل موافقا لوضع أهل اللغة أو عرف الاستعمال أو اصطلاح الشرع في النصوص الشرعية أو اصطلاح القانون في النصوص القانونية، فإذا خرج عن هذا الإطار كان تأويلا فاسدا، فالعام إذا صرف عن عمومه وأريد به بعض أفراده بدليل معتبر فهو تأويل عند من يرى التخصيص تأويلا، لأن دلالة النص العام على شمول حكمه لجميع ما يتناوله من الافراد والماصدقات دلالة ظنية عند جمهور العلماء ما لم يقم دليل على خلاف ذلك.

وكذلك النص المطلق إذا صرف عن شيوعه وحمل على المقيّد أو قيّد بقيد معتبر كان ذلك تأويلا عند من يرى أن التقييد تأويل. وكذلك حمل اللفظ على معناه المجازي لتعذر المعنى الحقيقي يكون تأويلا.

٣- أن يقوم دليل[1] يؤيد صحة صرف النص عن معناه الظاهر إلى المعنى المرجوح المحتمل، لأن الأصل هو العمل بمقتضى المعنى الظاهر للنص حتى يقوم دليل على خلاف ذلك[2].

---

[1] حصر الظاهرية أدلة التأويل في ثلاثة فقط وهي: نص القرآن الكريم والسنة النبوية وإجماع الصحابة، وكل تأويل دليله من غير هذه الثلاثة يكون باطلاً. ومن الواضح أن في هذا الرأي الضيق حرجاً وهو مرفوض بموجب قوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ سورة الحج: ٧٨.

[2] يقول القرافي، شرح تنقيح الفصول، ص:١١٢ (يحمل اللفظ على الحقيقة دون المجاز والعموم دون التخصيص والأفراد دون الاشتراك والاستقلال دون الإضمار وعلى الإطلاق دون التقييد وعلى

٤- أن يكون هناك سبب باعث يقتضي التأويل، كالمصلحة الشرعية أو الحاجة الضرورية أو غيرها مما يستنتجة الفقيه أو القاضي من طبيعة الواقعة الخاضعة له ومن ظروفها وملابساتها وخلفياتها ونتائجها[١].

٥- الأهلية الاجتهادية: يشترط فيمن يتولى عملية التأويل أن يكون أهلا للاجتهاد، لأنها عملية اجتهادية يتولاها من يكون من أصحاب الملكة الفقهية في المسائل الشرعية والعقلية القانونية في المسائل القانونية.

ومن متطلبات هذه الأهلية: الإلمام بخواص اللغة العربية وبأسرار التشريع وعلل الأحكام والأسباب الموجبة، إضافة إلى معرفة أحكام العام والخاص والمطلق والمقيد والمجمل والمبين وتمييز قطعي الدلالة من ظنيها والحقيقة من المجاز، وغير ذلك من مؤهلات الاجتهاد.

التأويل القريب والتأويل البعيد:

قسم علماء الأصول التأويل إلى القريب والبعيد، فقالوا (القريب: هو الذي يكفي فيه للعدول من المعنى الظاهر الراجح إلى المرجوح غير الظاهر أدنى دليل، والبعيد: هو الذي لا يتبادر إلى الذهن، وإنما تدل عليه قرآئن وأمارات، ـ أدلة ظنية ـ). لكن الواقع هو عدم وجود معيار علمي موضوعي دقيق للتمييز بين ما هو قريب وما هو بعيد من التأويلات وإنما المعيار شخصي، فرب تأويل عند شخص يكون بعيدا، في حين يكون في نظر شخص أخر

التأصيل دون الزيادة وعلى الترتيب دون التقديم والتأخير وعلى التأسيس دون التأكيد وعلى البقاء دون النسخ وعلى الشرعي دون العقلي وعلى العرفي دون اللغوي، إلى أن يدل دليل على خلاف ذلك، لأن جميع ما دعينا تقديمه ترجع عند العقل احتمال وقوعه على ما يقابله والعمل بالراجح متعين، أي ما لم يقم دليل على خلاف ذلك.

(١) يقول الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة ٣/٩٩ ـ ١٠١ (يراعى في المؤول به أوصاف ثلاثة: أنْ يرجع إلى معنى صحيح في الاعتبار متفق عليه في الجملة بين المختلفين، ويكون اللفظ المؤول قابلاً له، وذلك أن الاحتمال المؤول به إما أن يقبله اللفظ أو لا، فإن لم يقبله فاللفظ نص لا احتمال فيه، فلا يقبل التأويل، وإن قبله اللفظ فإما أن يجري على مقتضى العلم أو لا، فإن جرى على ذلك فلا إشكال في اعتباره، لأن اللفظ قابل له والمعنى المقصود من اللفظ لا يأباه. ووجه ثانٍ: وهو أن التأويل إنما يسلط على الدليل لمعارضة ما هو أقوى منه. ووجه ثالث: وهو أن تأويل الدليل لمعناه إن يحمل على وجه يصح كونه دليلاً في الجملة، فرده إلى ما لا يصح رجوع إلى أنه دليل لا يصح على وجه وهو جمع بين النقيضين). نقلته مع التصرف.

قريبا وكذلك العكس، لأن مرد القرب والبعد في التأويل إلى الاجتهاد والإدراك، والناس مختلفون في مداركهم وملكاتهم الفقهية وفي درجات رؤياهم الذهنية لأسرار التشريع وحكم الأحكام.

التاويل ومجال تطبيق النص:

التأويل غالبا يؤدي إلى توسيع نطاق مجال تطبيق النص ورفع الحرج وتيسير طريقة الوفاء بالالتزامات دون أن يخل ذلك بالغرض المقصود من تشريعه. وقد يؤدي إلى تضييق نطاق تطبيق النص. وفيما يلي صور من الحالتين:

أ. من صور التأويل الموسع لمجال تطبيق النص:

١- قال سبحانه وتعالى في كفارة الظهار: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا ذَلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ، فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِيناً...﴾[1].

وحفاظاً على احترام العلاقة الزوجية، حرم الله سبحانه الظهار وهو تشبيه الزوجة بإحدى المحارم كأن يقول له الزوج (أنت مثل أمي أو كأختي) أو نحو ذلك، واعتبر ذلك معصية موجبة للعقوبة، وعقوبتها يجب أن تنفذ قبل المعاشرة الزوجية وهي حسب الترتيب الوارد في الآية: تحرير إنسان مستعبد فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين دون انقطاع فإن لم يستطع لمرض أو شيخوخة فيجب إطعام ستين مسكينا.

وقد أوّل بعض الفقهاء[2] هذه الآية بالنسبة لإطعام ستين مسكينا تأويلا وسّع نطاق

---

(١) سورة المجادلة: ٤.

(٢) كفقهاء الحنفية ومن حذا حذوهم. لمزيد من التفصيل، راجع شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدئ ٢٥٧/٤ ـ ٢٧٥. وورد في هذا المرجع ما يلي: وإن لم يستطع الصيام عليه إطعام ستين مسكينا، ويطعم كل مسكين نصف صاع من بر أو صاعاً من تمر أو شعير أو قيمة ذلك. ولو أمر غيره أنْ يطعم عنه من ظهاره ففعل أجزأه لأنه استقراض معنيٍ، والفقير قابض له، فإن غدّاهم وعشّاهم جاز قليلاً ما أكلوه أو كثيراً، وإن أطعم مسكينا واحداً ستين يوماً أجزاه لكن إن أعطاه في يوم واحد لم يجزه إلا عن يومه لأن المقصود سد خلة المحتاج، والحاجة تتجدد كل يوم، فالدفع إليه

النص بتعددية طرق الوفاء بهذا الالتزام كالآتي:

أ- دفع الطعام إلى المسكين عينا كالحنطة والشعير والتمر وغير ذلك من القوت الذي يعيش به الإنسان.

ب- أو استضافة المسكين وتقديم الطعام له مما يأكله هو وأهله.

ج- أو إعطاء قيمة الطعام للمسكين.

د- أو تخويل غيره بتنفيذ هذه الكفارة سواء أكانت من مال الأصيل أم من مال النائب.

هـ- أو إطعام مسكين واحد بإحدى الطرق المذكورة في ستين يوماً[1].

وقد تعرض هذا التأويل لنقد شديد من بقية الفقهاء[2] على أساس انه بعيد لا يحتمله النص، ولكن في الحقيقة والواقع انه تأويل قريب من روح الشريعة الإسلامية ويعبر عن التيسير الذي نص عليه القران في آيات منها ﴿..وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾[3] و﴿..يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلاَ يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾[4]، لأن الغاية هي سد حاجة الفقراء والمساكين من جهة وعقاب المذنب من جهة أخرى شريطة ألا يؤدي ذلك إلى التساهل والإضرار بمصلحة المسكين.

٢- قال الرسول ﷺ في زكاة الغنم: (إذا كانت أربعين إلى عشرين ومائة شاة، فإذا زادت على عشرين ومائة إلى مائتين ففيها شاتان، فإذا زادت على مائتين إلى ثلاث مائة

في اليوم الثاني كالدفع إلى غيره.

(١) فيكون المعنى عاماً شاملاً لحالتين: إطعام ستين مسكيناً، أو إطعام طعام ستين مسكيناً.

(٢) في المرجع السابق ٢٧١/٤ (قال مالك والشافعي وهو الصحيح من مذهب أحمد: لا يجزيه، وهو قول أكثر العلماء لأنه تعالى نص على ستين مسكيناً وبتكرر الحاجة في مسكين واحد لا يصير هو ستين، فكان التعليل بأن المقصود سد خلة المحتاج إلى آخر ما ذكر مبطلاً لمقتضى النص، فلا يجوز لأن الظاهر إنما هو عدد ومعدوده ذوات المساكين مع عقلية أن العدد مما يقصد لما في تعميم الجميع من بركة الجماعة وشمول المنفعة واجتماع القلوب على المحبة والدعاء). وفي شرح الكوكب المنير، ص: ٢٣٥ (فجعلوا المعدوم وهو طعام مذكورا مفعولا به، والمذكور وهو قوله ـ ستين ـ معدوما لم يجعلوه مفعولا به، مع ظهور قصد العدد لفضل الجماعة وبركتهم، وتضافرهم على الدعاء للمحسن، وهذا لا يوجد في الواحد).

(٣) سورة الحج: ٧٨.

(٤) سورة البقرة: ١٨٥.

ففيها ثلاث شياه، فإذا زادت على ثلاث مائة ففي كل مائة شاة)[١] وأوّل بعض الفقهاء[٢] هذا الحديث بالنسبة إلى الشاة الواجب دفعها بأن المراد بها ذات الشاة أو قيمتها[٣]، لأن الغاية سد حاجة الفقير بالشاة ذاتها أو بقيمتها على أن تكون القيمة حقيقية لا صورية، وإن لا يضر العدول إلى القيمة بمصلحة الفقير.

وتعرض هذا التأويل للنقد أيضاً على أساس أنه بعيد عن معنى النص، ولا يحتمله. وزعم بعض[٤] من أنصار هذا النقد (أن من قال بالتأويل ذهب إلى أن الواجب القيمة دون الشاة ذاتها). وهذا الزعم غير مطابق للواقع كما ذكرنا بل قالوا (يخير بين دفع الشاة ذاتها أو قيمتها مع رعاية مصلحة من يستحق صرف الزكاة له). فهو بمثابة الواجب المخير وإن هذا التعميم لا يتعارض مع الغاية المتوخاة من تشريع الزكاة من مكافحة الفقر وسد حاجة المحتاجين وتضييق نطاق النظام الطبقي في المجتمع وإيجاد المحبة والوئام بين الطبقة المعدمة والطبقة الغنية عن طريق الزكاة.

ب ـ من صور التأويل المضيّق لنطاق النص:

١ـ قال الرسول ﷺ: (أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فإن دخل بها فلها المهر)[٥]. فأوّل بعض الفقهاء[٦] هذا الحديث بأن المراد امرأة لم تتوافر فيها الأهلية الكاملة، أما البالغة العاقلة فلها أن تتزوج بدون إذن وليها قياسا على صحة

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب الزكاة، باب زكاة الغنم، فتح الباري ٣/٤٠٤.

(٢) وهم الحنفية أيضاً ومن تبعهم.

(٣) ويؤيد هذا الإتجاه ما رواه البخاري في صحيحه : من أن معاذ بن جبل حين بعثه الرسول ﷺ الى اليمن ، قال لأهل اليمن : أئتوني بعرض ثياب: خميص أو لبيس في الصدقة مكان الذرة والشعير أهون عليكم وخير لأصحاب النبي ﷺ بالمدينة .

(٤) في شرح الكوكب المنير، ص:٢٣٥ (وابعد من ذلك ـ أي من التأويل السابق ـ تأويلهم في أربعين شاة على قيمتها ـ قيمة الشاة ـ. وهو يؤدي إلى بطلان الأصل لأنه إذا وجبت القيمة لم تجب الشاة، فعاد هذا الاستنباط على النص بالإبطال).

(٥) سبل السلام ٤/١٥٤.

(٦) وهم الحنفية. في بداية المبتديء والهداية بشرح فتح القدير ٣/٢٥٦ (وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد ينعقد موقوفاً أي على إجازة الولي ووجه الجواز: أنها تصرفت في خالص حقها وهي من أهله).

تصرفاتها في سائر حقوقها الخاصة. وقد انتقد الجمهور هذا التأويل بأنه بعيد لا يحتمله النص، وهو انتقاد في محله للأسباب الآتية:

أولا - يتعارض مع العموم الصريح في النص لأن صيغة (أيما) من صيغ العموم، والعام يؤخذ بعمومه ما لم يقم دليل على تخصيصه ولم يثبت هذا الدليل.

ثانياً - تصرف المرأة في نفسها لا يقاس على تصرفها في حقوقها المالية الخاصة لعدم وجود العلة الجامعة بين المقيس والمقيس عليه.

٢- قال الرسول ﷺ لرجل يدعى حبان بن منقذ وكان يخدع في البيوع (إِذَا بَايَعْتَ فَقُلْتَ لا خِلابَةَ ، ثُمَّ أَنْتَ بِالْخِيَارِ فِي كُلِّ سِلْعَةٍ ابْتَعْتَهَا ثلاثَ لَيَالٍ ، فَإِنْ رَضِيتَ فَأَمْسِكْ ، وَإِنْ سَخِطْتَ فَارْدُدْ).[1] وهذا الحديث كما ذكرنا سابقا هو المصدر الأول للقاعدة العامة التي أقرتها التشريعات الوضعية المتأثرة بالفقه الإسلامي كالقانون المدني العراقي النافذ من أن (الغبن الفاحش الناتج من التغرير -التدليس- سبب لعدم لزوم العقد، أو لتوقفه). غير أن بعض الفقهاء أولوه بتأويلات بعيدة أدت إلى تضييق نطاق تطبيقه:

أ- فمنهم من قال: (أنه خاص بمن يكون ضعيف العقل - كالمعتوه - بدليل ما روى مع هذا الحديث من أن رجلاً كان يبايع وكان في عقله ضعف فقال له الرسول ﷺ ما ورد في الحديث المذكور على أساس أن ضعيف العقل ناقص الأهلية تصرفاته في المعاوضات موقوفة على إجازة وليه، وهذا التأويل بعيد لأن الحديث يعطي الخيار بين القبول والرد لنفس المتعاقد دون تدخل الولي).

ب - ومنهم من أوّله على أنه من باب خيار الشرط بدليل ما ورد في هذا الحديث من قول (إِذَا بَايَعْتَ فَقُلْتَ لا خِلابَةَ)، وهذا التأويل أيضاً بعيد لأن الخيار مبني على أساس الغبن الفاحش الذي ترتب على التغرير من المتعاقد الآخر سواء وجد هذا الشرط أم لا.

ج - ومنهم من أوله على أنه خاص بمن قيل الحديث بصدده وهو حبان بن منقذ، وهذا أيضاً بعيد لأن القاعدة الأصولية العامة تقضي بأن العبرة بعموم النص لا بخصوص السبب.

ونستنتج من التطبيقات المذكورة أنَّ التأويل قد يكون قريباً وقد يكون بعيدا وفي كلتا الحالتين إما موسع لنطاق النص المؤول أو مضيق له.

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي، كِتَابُ الْبُيُوعِ، بَابُ إِبَاحَةِ التِّجَارَةِ.

-٢٦-

قاعدة
(التبرع المضاف إلى ما بعد الموت وصية)

الوصية، مشروعيتها، حكمها التكليفي، مصادرها

الوصية عمل إجتماعي واقتصادي، مبنيٌّ على التعاون على البرّ، لذا تُعتبر تصرفاً مشروعاً. فهي:

١- واجبة إذا كانت وصيةً بأداء الإنسان ما في ذمته من حقوق الله وحقوق الناس، كالوصية بأداء زكاة وجبت في ماله، ولم يدفعها لمستحقيها، وبتسديد ديون متعلقة بذمته أو ماله، وللورثة الذين لا يرثون، كما في الوصية الواجبة.

٢- مستحبة إن قُصد بها التقرب إلى الله كالوصية للفقراء والمساكين والمؤسسات الخيرية.

٣- مكروهة إذا كان الموصي قليل المال وكثير العيال، فتتعرض الورثة بالوصية للفاقة والحاجة والتكفف، كما أشار إلى ذلك الرسول(ﷺ) لسعد بن أبي وقاص ((الثُّلُثُ وَالثُّلُثُ كَبِيرٌ أَوْ كَثِيرٌ إِنَّكَ أَنْ تَذَرَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَذَرَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ))[1].

٤- محرمةٌ إذا كان الموصى له جهة معصية، كالوصية بإطعام النائحات والمعزين حين إقامة مجالس الفاتحة (التعازي)، وكالوصية بقصد الإضرار بالورثة، كما قال تعالى: ﴿...مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَآرٍّ ...﴾[2].

٥- مباحة في غير الحالات الأربع السابقة.

---

[1] موطأ مالك، كتاب الوصية، باب الوصية في الثلث لا تتعدى.
[2] النساء : ١٢

مصادر أحكام الوصية:

أ- القرآن الكريم، وردت آيات متعددة بصدد أحكام الوصية، منها قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْراً الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾[1]. وكانت الوصية واجبة للوالدين والأقربين بمقتضى هذه الآية، قبل نزول آيات الميراث، لكن بعد أن جاءت آيات الميراث وحددت نصيب كل وارث، اقتصر حكمها على غير الورثة من الأقارب، أي على من لا يرث لحجبه بوارث اقوى أو لإختلاف الدين أو لسبب آخر.

ب- السنة النبوية، للرسول (ﷺ) أقوال كثيرة حول الوصية وأحكامها، منها ((إِنَّ اللَّهَ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ عِنْدَ وَفَاتِكُمْ بِثُلُثِ أَمْوَالِكُمْ زِيَادَةً لَكُمْ فِي حَسَنَاتِكُم)).[2]

ج- اتفق فقهاء الشريعة منذ صدر الإسلام إلى يومنا هذا على أن الوصية في حدود الثلث مستحبة، إذا قُصد بها التقرب إلى الله وتوفرت أركانها وشروطها.

د- المعقول، يقضي العقل السليم بأن الإنسان يحتاج إلى أن يكون خاتمة أعماله عملاً خيراً يُضاف إلى أعماله السابقة ويتدارك بها ما فرّط منه في حياته، وذلك بالوصية.

أوجه الشبه والخلاف بين الوصية والميراث:

من أوجه الشبه أن الوصية كالميراث في أن ملكية الموصى به لا تنتقل إلى الموصى له، إلاّ بعد وفاة الموصي، ولكن تختلف عنه في أحكام منها:

١- انتقال ملكية التركة إلى الورثة تكون بإرادة إلهية، فلا دخل لإرادة الإنسان في ذلك. وبناء على ذلك إذا أقرّ المورّث بأنه قد أحرم وارثه فلاناً من التركة، لغوٌ لا يُعتد به.

٢- أساس الميراث القرابة أو الزوجية، في حين أن هذا الأساس ليس شرطاً بالنسبة للوصية، بل للإنسان أن يوصي لمن يشاء ما لم تتعارض وصيته مع الشريعة الإسلامية.

---

[1] البقرة : ١٨٠

[2] سبل السلام ١٣٨/٣

٣- ملكية الورثة في التركة قبل التقسيم تكون على سبيل الشيوع، فلا يحق لأحد الورثة أن يتصرف في حصته ببيع أو غيره قبل التقسيم. بخلاف ملكية الموصى له، فإنها قد تكون على وجه الشيوع، إذا كانت بنسبة معينة، كالثلث والربع، وقد تكون مفرزة ومحددة إذا كان الموصى به عيناً معينة كالدار والسيارة.

٤- اختلاف الدين مانع من الميراث بنص الحديث الشريف ((لَا يَتَوَارَثُ أَهْلُ مِلَّتَيْنِ))[1]. وبإجماع الفقهاء، بخلاف الوصية، فإنها تجوز من المسلم لغير المسلم، ومن غير المسلم للمسلم، لأن أساسها هو التعاون الإجتماعي والإقتصادي، فلا فرق في هذا التعاون بين المسلم وغير المسلم.

---

[1] أخرجه أحمد وأبو داود وابن ماجه من حديث عبد الله بن عمر ، قال في النيل : سند أبي داود فيه إلى عمرو بن شعيب صحيح.
سنن الترمذي، كتاب الفرائض عن رسول الله ﷺ، باب لا يتوارث أهل ملتين

-٢٧-

قاعدة

(التبرع المضاف إلى ما قبل الموت هبة)

الهبة تبرع من الواهب للموهوب له في حياته، وهي من العقود العينية، أي تنعقد وتُنشئ الإلتزام على الواهب لتسليم الموهوب إلى الموهوب لـه، ولكـن لا تُنشئ الحق لـه، فليس للموهوب له التصرف فيه قبل القبض.

والمراد بالمادة (٦٠٣/١) من المدني العراقي النافذ (لا تتم الهبة في المنقول إلاّ بالقبض) هو أن الهبة لا تتم من حيث الآثار، أي الحقوق والإلتزامات، لكن في الهبة قبل القبض لا تتم هذه الآثار، أي تُنشئ الإلتزامات ولا تُنشئ الحقوق قبل القبض.

من التزامات الواهب:

١- لا يضمن الواهب استحقاق الموهوب إلا إذا تعمد إخفاء سبب الإستحقاق أو إذا كانت الهبة بعوض، وفي الحالة الأخيرة لا يضمن الواهب الإستحقاق، إلاّ بقدر ما أدّاه الموهوب له من عوض، ما لم يتم الإتفاق على خلاف ذلك.

٢- وإذا استحق الموهوب، حَلّ الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوى.
والمراد بالإستحقاق ظهور كون محل التصرف(الهبة) ملكاً للغير، أو مثقلاً بحق للغير.

٣- إذا تلفت العين الموهوبة واستحقها مستحق وضمن المستحق الموهوب لـه، فلا يرجع على الواهب بما ضمن، إلا بالقدر الذي يضمن به الواهب الإستحقاق وفقاً للأحكام السابقة.

٤- لا يكون الواهب مسؤولا عن فعله العمد أو خطائه الجسيم.[1]

---

[1] يُنظر القانون المدني العراقي النافذ، المواد (٦١٣-٦١٦).

التزامات الموهوب له:

١- نفقات الهبة على الموهوب له، ويدخل في ذلك مصروفات العقد والرسوم وما يُصرف في تسليم الموهوب وتسلمه ونقله ما لم يتم الإتفاق على خلاف ذلك.
٢- على الموهوب له أداء ما اشترط عليه من عوض، سواء كان هذا العوض مشتركاً لمصلحة الواهب أو لمصلحة شخص ثالث أو للمصلحة العامة.
٣- إذا اشترط الواهب عوضاً عن هبة وفاء ديونه، فلا يكون الموهوب له ملزماً إلاّ بوفاء الديون التي كانت موجودة وقت الهبة، ما لم يتم الإتفاق على خلافه.
٤- إذا كان الموهوب مثقلاً بحق عيني، كما في الرهن، ضماناً لدينٍ في ذمة الواهب أو في ذمة شخص آخر، فإن الموهوب له يلتزم بوفاء هذا الدين ما لم يتم الإتفاق على خلاف ذلك.[1]

الرجوع في الهبة:

للواهب أن يرجع في الهبة برضاء الموهوب له، فإن لم يرضَ، كان للواهب حق الرجوع لسبب من الأسباب الآتية:[2]
أ- أن يُخلّ الموهوب له إخلالاً خطيراً بما يجب عليه نحو الواهب، بحيث يكون هذا الإخلال من جانبه يُعدّ جحوداً غليظاً.
ب- أن يُصبح الواهب عاجزاً عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة، بما يتفق مع مكانته الإجتماعية، أو أن يُصبح غير قادر عن وفائه بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير.
ج- أن يُرزق الواهب بعد الهبة ولداً يبقى حيّاً إلى وقت الرجوع، أو أن يكون للواهب ولد يظنه ميّتاً وقت الهبة ثم يظهر أنه حيّ.
د- أن يُقصر الموهوب له في القيام بما أشتُرط عليه في العقد من التزامات تجاه الواهب بدون عذر مقبول.
هـ- إذا قتل الموهوب له الواهب عمداً بلا وجه حقٍ، كان لورثته حق ابطال الهبة.

---

[1] المرجع السابق، المواد (٦١٧-٦١٩).
[2] ما لم يوجد مانع من موانع الرجوع.

موانع الرجوع عن الهبة: [1]

أ- أن يحصل للموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته، كما إذا كان الموهوب دارا فبنى الموهوب له فيها، أو أرضا فغرس فيها، والعلة في اعتبار الزيادة مانعة من الرجوع هي أنه لا سبيل إلى الرجوع في الأصل مع الزيادة، لأنها ليست بموهوبة، فلا يرد عليها الفسخ، ولا سبيل إلى الرجوع في الأصل بدون الزيادة، لأنه غير ممكن. أما الزيادة المنفصلة فلا تمنع الرجوع، سواء كانت متولدة من الأصل كالولد واللبن والثمر، أو غير متولدة كالأرش، لأن هذه الزوائد لم يرد عليها العقد، فلا يرد عليها الفسخ.. فإذا زال المانع عاد الممنوع (حق الرجوع).

ب- أن يموت أحد العاقدين. لأنه إذا مات الموهوب له، فقد انتقل الملك إلى الورثة بسبب الإرث، فلا وجه لإبطاله، وإذا مات الواهب فقد مات معه حق الرجوع، لأن الرجوع ثبت بالنص على خلاف القياس، والنص لم يوجب حق الرجوع لغير الواهب.

ج- أن يتصرف الموهوب له في الموهوب تصرفاً مزيلاً للملكية نهائياً. وإذا رجع الموهوب إلى يد الموهوب له، فإن كان بسبب جديد فلا سبيل إلى بطلان المانع، وإلاّ زال المانع وعاد حق الرجوع.. فإذا اقتصر التصرف على بعض الموهوب، جاز للواهب أن يرجع في الباقي.

د- أن تكون الهبة من أحد الزوجين للآخر، ولو وقعت الفرقة بينهما بعد الهبة. لكن إذا قصدت الزوجة بهبة مهرها لزوجها استمرار الحياة الزوجية، ثم طلقها الزوج، فللزوجة حق الرجوع في هذه الهبة.

هـ- أن تكون الهبة لذي رحم مُحرم (من حيث الزواج) كالأخت والعمة ونحوهما. والمحرمية في القرابة هي كون القريبين يحرم التزاوج بينهما كأب الشخص وجده وإن علا. ووجه كونها مانعة عن الرجوع هو أن المقصود بالهبة هنا صلة الرحم، وكل عقد أفاد مقصوده يكون لازما، أما الزوجية فلأنه لا رجوع لأحد الزوجين فيما وهبه لصاحبه، لأن الصلة الزوجية تجري مجرى صلة القرابة الكاملة (القرابة المحرمية) بدليل أنه يتعلق بالزوجية التوارث في جميع الأحوال، فلا يدخلها حجب الحرمان، والقرابة الكاملة مانعة للرجوع، فكذا ما يجري مجراها.

---

[1] يُنظر في تفصيل هذا الموضوع: شرح المجلة للأستاذ منير القاضي ٢٤٣/٢ ومايليها.

و- أن يهلك الموهوب في يد الموهوب له، سواء كان الهلاك بفعله أو بسبب شخص ثالث أو بسبب الإستعمال، فإذا هلك بعضه، جاز الرجوع في الباقي، وكذلك إذا غيّر الموهوب له الموهوب على وجهٍ يتبدل به إسمه، كالحنطة إذا طُحنت دقيقاً وكالعرصة إذا بُني عليها بناء.

ح- أن يهب الدائن الدين للمدين.

ط- أن تكون الهبة صدقة.

ي- ان تكون الهبة بعوض، ويشترط لكونه العوض مانعا ثلاثة شروط:

١. للفظ دالاً على مقابلة، كأن يقول هذا عوض عن هبتك أو بدل عنها. وبتعبير آخر أن يضاف العوض إلى الهبة.

٢. أن لا يكون العوض في العقد مملوكا بذلك العقد.

ج. سلامة العوض للواهب، فإن لم يسلم بأن استحق في يده لم يكن عوضا، فله أن يرجع في هبته.

وجدير بالذكر أنه إذا رجع الواهب في هبته، بالتراضي أو بالتقاضي:

١- كان رجوعه إبطالاً لأثر العقد، من حين الرجوع وإعادته لمالكه، لا من تأريخ انشاء التصرف.

٢- ولا يرد الموهوب له للواهب الثمرات إلا من وقت الإتفاق على الرجوع، أو من وقت رفع الدعوى، وله أن يرجع على الواهب بجميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية على المال الموهوب. أما المصروفات النافعة فلا يُجاوز في الرجوع بها القدر الذي زاد في قيمة الموهوب.

٣- إذا أخذ الواهب الموهوب قبل الرضاء أو القضاء كان غاصباً، فلو هلك الموهوب أو استهلك من قبله في هذه الحالة، ضمن قيمته للموهوب له. أما إذا طلبه بعد القضاء ومنعه الموهوب له بعد إعذاره بالتسليم، فهلك في يده، ضمنه.[1]

٤- للواهب التراجع من هبته إذا كانت لغرض لم يتحقق.

---

[1] المرجع السابق، المواد (٦٢٠-٦٢٥).

وجدير بالذكر أن ما ورد في المواد المذكورة من القانون المدني النافذ، مأخوذ من الفقه الإسلامي دون تقيد بمذهب معين.

-٢٨-

قاعدة
(التَّبَرُّعُ لا يَتِمُّ إلاَّ بِقَبْضٍ)[1]

الصواب:

((لا تتم آثار التبرع إلا بالقبض))

أي إن الشيء الذي يُملك مجاناً، لا تتم ملكيته للمتبرع له إلا بعد أن يقبض ذلك الشيء وجميع تصرفاته الواقعة بعد عقد التبرع وقبل قبض المتبرع به باطلة لورودها على ما لا يملكه. لأن عقد التبرع رغم أنه يُنشئ الالتزام، إلا أنه لا يُنشئ الحق للمتبرع له قبل القبض.

فهبة المنقول تُنشئ التزام الواهب بتسليم الموهوب للموهوب له، ولكن ليس للموهوب له حق التصرف والاستعمال والاستغلال في الموهوب إلا بعد قبضه. ولذا نصّت المادة (٦٠٣) من القانون المدني العراقي النافذ على أنه لا تتم هبة المنقول إلا بالقبض، أي لا تتم بالنسبة للآثار فتنشئ بعضها كالالتزام دون البعض كالحق.

ومن تطبيقات هذه القاعدة:

١- إذا وهب شخص لآخر سيارة، فإن الموهوب له لا تتم ملكيته للسيارة إلا بعد قبضها، ولو مات الواهب قبل أن يقبض الموهوب له السيارة، بطلت الهبة.

٢- إذا تم عقد القرض بين المقرض والمقترض، فلا يجوز للمقترض التصرف في القرض قبل قبضه.

---

١ وفي مجلة الأحكام العدلية ، م٥٧ (لا يتم التبرع إلا بالقبض).

-٢٩-

قاعدة
(التخصيص حصر العام في بعض أفراده)[1]

الصواب:

(التخصيص حصر حكم العام في بعض أفراده
بدليل متصل أو منفصل)

وهذه القاعدة انتشرت بين علماء الإسلام خطأ، وأدّى هذا الخطأ إلى اختلافهم في تكييف العام بعد تخصيصه، فمنهم من قال حقيقة في الباقي، ومنهم من قال مجاز في الباقي، ومنهم من قال بالتفصيل. ووجه هذا الخلاف هو الخطأ الوارد في القاعدة التي اعتبرت تعريفا للتخصيص:

(التخصيص حصر حكم عام في بعض أفراده بدليل متصل أو منفصل).

وعلى سبيل المثل قال تعالى: ﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَفْرُوضًا﴾[2].

فلفظا (الرجال والنساء) من جمع التكسير محليان بـ(أل) الاستغراق، فالمراد بالرجال كل ذكر وبالنساء كل أنثى. وهذا العموم غير مراد، لذا خصصه الرسولﷺ بقوله (لا يرث القاتل)[3]، فهذا الحديث وهو الدليل المخصص لم يُخرج القاتل من كونه مشمولا بلفظ

---

١ جمع الجوامع لأبن السبكي وشرحه ٢/٢
تنقيح الفصول للقرافي ص٥١
مبادئ الوصول إلى علم الأصول للحلي.
٢ سورة النساء/٧
٣ رواه أبو داود٢٥٨١، رواه مالك في الموطأ وأحمد وابن ماجه٢٥٨٢.
كتاب الحاوي الكبير » كتاب القسامة » باب لا يرث القاتل

الرجال (أو النساء)، وإنما أخرجه من الحكم الوارد في النص العام وهو الميراث، فالتخصيص يُخرج بعض أفراد العام من الحكم لا من صيغته.

وبناءً على ذلك فإن خلاف علماء أصول الفقه في أن العام بعد تخصيصه هل هو حقيقة في الباقي أو مجاز، اختلاف لا مبرر له وإنما هو من باب ضياع العمر والوقت.[١]

ومن الغريب أن الخلاف لم يقف عند هذا الحد، بل اختلفوا في حجية النص العام المخصص في الباقي أيضا، فمنهم من قال حجة مطلقا، ومنهم من قال حجة إن خُصص بالمتصل، ومنهم من قال إن خُصص بالمعيّن، وغير ذلك من الخلافات العقيمة المبنية على خطأ قاعدة تعريف التخصيص بأنه حصر العام في بعض أفراده.[٢]

---

١ أكثرهم قالوا مجازٌ في الباقي، ومنهم من قال حقيقة في الباقي إذا كان الباقي غير محصور وإلا فهو مجاز، ومنهم من قال حقيقة في الباقي إذا كان المخصص متصلا وإلا فمجاز، ومنهم من قال حقيقة في الباقي إن كان المخصص شرطا أو استثناءً وإلا فمجاز، ومنهم من قال حقيقة في الباقي إن كان المخصص لفظا، ومجاز إن كان عقلا.

٢ لمزيد من التفصيل يراجع مؤلفنا أصول الفقه في نسيجه الجديد ج٢/ ص٤٣١ وما يليها.

-٣٠-

قاعدة

(ترك الاستفصال في حكاية الحال مع قيام الاحتمال ينزل منزلة العموم في المقال)

ومضمون هذه القاعدة هو أنه إذا شُرِع نص عام لمعالجة حكم تصرف أو واقعة، ولم يتضمن شروطاً أو قيوداً لتطبيقه، لا يجوز للفقيه أو القاضي أو المفتي أن يستحدث باجتهاده شروطاً أو قيوداً له، لأن السكوت في معرض الحاجة بيان، فلو كان هناك شرط أو قيد لَذُكر مع النص، وعلى سبيل المثل أن الشريعة الإسلامية أقرت بصورة عامة صحة زواج غير المسلمين إذا أسلما أو أسلم الزوج فقط وكانت زوجته كتابية[1] ، فلا يُطلب منهما تجديد الزواج بعد الإسلام، ولا يحق للقاضي أن يسأل عن توافر شروط زواج المسلمين في هذا الزواج كحضور شاهدين وإذن الولي والكفاءة والمهر وغير ذلك، بل يكفي للاعتراف بصحة وبقاء زواجهما قبل الإسلام خلوه من محرمات الزواج كالنسب أو الرضاع أو المصاهرة أو حق الغير أو الجمع بين الأختين.

وحكمة ذلك أن الزوجين غير المسلمين إذا طُلب منهما تجديد الزواج، أو الشروط المطلوبة في زواج المسلمين عدا محرمات الزواج، فإن ذلك قد يصبح حجر عثرة أمام إسلامهما.

---

[1] فتح القدير ٤٢٢/٣.

وروي عن الضحاك بن فيروز عن أبيه، قال: (قلت يا رسول الله إني أسلمت وتحتي أختان، فقال رسول الله ﷺ (طلق أيتهما شئت))[١].

وعن سالم عن أبيه عبد الله بن عمر، أن غيلان بن سلمة اسلم وله عشر نسوة فاسلمن معه، فأمره النبي ﷺ أن يتخير منهن أربعاً[٢].

فلم ينقل عن الرسول ﷺ أنه طلب شرطاً أخرى لاستمرار الزواج، وترك الاستفصال دال على أنه لا فرق بين أن قد تمت العقود عليهن معاً أو على الترتيب.[٣]

---

[١] وفي رواية (قال لفيروز الديلمي وقد أسلم على أختين: اختر أيتهما شئت، وفارق الأخرى). أخرجه الإمام احمد في مسنده ٤/٢٣٢، و أبو داود، كتاب الطلاق ٢/٢٨٠.

[٢] المرجع السابق. فقال له (أمسك أربعاً وفارق سائرهن)، ولم يسأل فيروز ولا غيلان عن كيفية العقد هل كان معا أو على الترتيب)، ومن الواضح أن مثل هذا العقد. إذا كان معا فالكل باطل وإذا كان على الترتيب فالثاني في الأختين باطل، والزواج الخامس في اكثر من أربع باطل إذا تم كل ذلك في الإسلام.

[٣] يُنظر مؤلفنا (أصول الفقه في نسيجه الجديد). ص٤٢٩ ومايليها.

-٣١-

قاعدة
(تسري أحكام الوصية على التبرعات في مرض الموت)

كل تصرف صادر من المريض مرض الموت، سواء كان منجزاً أم مضافاً إلى ما بعد الموت، تسري عليه بعض أحكام الوصية إذا مات في هذا المرض، وكان التصرف بلا عوض أو بعوض صوري (محاباة).
وهذا ما استقرّ عليه جمهور فقهاء الشريعة.[1]
وأخذت به التشريعات الوضعية، ومنها القانون العراقي النافذ.[2]
وتشخيص مرض الموت يكون عن طريق الطب الحديث والطبيب المختص، أو عن طريق وفاة المريض

---

[1] وخالفهم فقهاء الظاهرية، فلم يُفرقوا بين تصرفات مرض الموت وحالة الصحة. وقال ابن حزم في المحلى (٣٤٨/٩): "كل ما أنفذ في حالة المرض من هبة أو صدقة أومحاباة في بيع أو هبة فهو من رؤوس أمواله لا من ثلثها. لقوله تعالى: ﴿...وَافْعَلُوا الْخَيْرَ ...الحج : ٧٧﴾ وقوله ﴿...وَلاَ تَنسَوُاْ الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ ...البقرة : ٢٣٧﴾. فلم يميز القرآن بين صحيح ومريض."

[2] المادة ١١٠٩ التي نصت على ما يلي:

١- كل تصرف ناقل للملكية يصدر عن شخص في مرض الموت مقصود به التبرع أو المحاباة، يُعتبر كله أو بقدر ما فيه من محاباة تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية، أيّاً كانت التسمية التي تُعطى له.

٢- يُعتبر في حكم الوصية إبراء المريض في مرض موت مدينه، وارثاً كان أو غير وارثٍ.

والمادة ١/١١١١: إذا أقرّ شخص في مرض موته بدين لوارث أو غير وارث، فإن جاء إقراره على سبيل التمليك كان في حكم الوصية.

فيه. وقد يخضع ذلك لتقدير القاضي.[1]

---

[1] قضت محكمة التميز في العراق بقرارها المرقم (١٣٣٨/ مدنية ثانية/ ٩٧٥/ في ١٩٧٥/١١/٣) بأن الشيخوخة ليست مرض موت، وكذلك الشلل، وإن ألزم صاحبه الفراش وطالت مدته، مادام لا يُشكل خطراً داهماً على حياة المصاب به، فإذا اشتدّ أصبحت حالة المرض بسببه تنذر بدنو الأجل واستمرّ المرض بالإشتداد حتى انتهى بوفاة قبل مرور سنة على هذا الإشتداد، فيكون المريض مرض الموت من الوقت الذي اشتد فيه لا من تأريخ الإصابة به. أي تسري أحكام الوصية على تصرفات المريض خلال مدة سنة من أصابته إلى وفاته.

وقضت أيضا بقرارها (٢٥٤/الهيئة العامة الأولى/ ٩٧٣) بأنه يُعتبر المصاب بسرطان الكبد مريضاً مرض الموت، إذا مات قبل مرور سنة على مرضه بعد أن زادت علته، سواء كان صاحب فراش أو لم يكن. وإذا كان المريض قد نظم سنداً في فترة مرضه، ولم يكن للسند تأريخ ثابت رسميا، فيُعتبر منظما في فترة مرض الموت، باعتبار أن الحادث يُضاف إلى أقرب أوقاته.

لمزيد من التفصيل يُراجع مؤلفنا (أحكام الميراث والوصية وحق الإنتقال في الفقه الإسلامي المقارن والقانون) ص١٢٣ وما يليها.

-٣٢-

قاعدة

(تصحيح المسائل تعديلها بحيث يأخذ كل وارث نصيبه بدون كسر)

تصحيح المسائل: يعني تعديلها بتبديل عدد الأسهم فيها بعدد أكبر بحيث يقبل نصيب كل صنف القسمة على أفراده بدون كسر وفق قواعد فقهية محددة.

والكسر إما أن يكون بالنسبة لصنف واحد من الورثة أو أكثر ولكل ضوابطه وأحكامه.

أولا- ان كان الإنكسار بالنسبة لصنف واحد يُتّبَع أصل من الأصول الآتية:

أ- إذا كان بين الأسهم والصنف تباين: بأن يكونا فرديين (أوليين)، أو كان أحدهما فرديا والآخر زوجيا: يُضرب عدد افراد الصنف في أصل المسألة أو بعولها ان كانت عائلة:

الورثة:	أب	أم	(٥) بنات	أصل المسألة (٦) وتصح
الفروض:	١/٦	١/٦	٢/٣	من حاصل ضرب عدد
الأسهم: قبل التصحيح	١	١	٤	البنات (٥×٦)
بعد التصحيح	٥	٥	٢٠	= ٣٠

الورثة:	زوجة	أب	أم	(٣) بنات	اصل المسألة (٢٤)
الفروض:	١/٨	١/٦	١/٦	٢/٣	عالت الى (٢٧)[1]
الأسهم: قبل التصحيح	٣	٤	٤	١٦	وصحت من حاصل
بعد التصحيح	٩	١٢	١٢	٤٨	ضرب عدد البنات فيها
					(٣×٢٧) = (٨١)

ب- إن كان بينهما توافق: يُضرب وفق[1] عدد الصنف في اصل المسألة أو مع عولها إن كانت عائلة:

---

[1] الأسهم المستحقة: (١/٨+ ١/٦+ ١/٦+ ٢/٣)= (٣+٤+٤+١٦)/٢٤= ٢٧/٢٤
فيعتبر البسط أصلا للمسألة بدلا من المقام.

الورثة:	جدة	(٤) اخوة لأم	أخ ش	أصل المسألة (٦) وتصح من
الفروض:	١/٦	١/٣	ق	حاصل ضرب نصف عدد
قبل التصحيح	١	٢	٣	الإخوة من الأم (٢×٦)=(١٢)
بعد التصحيح	٢	٤	٦	

الورثة:	زوجة	أم	أب	(٦) بنات	أصل المسألة(٢٤) عالت
الفروض:	١/٨	١/٦	١/٦	٢/٣	الى (٢٧) وصحت من
قبل التصحيح	٣	٤	٤	١٦	حاصل ضرب وفق البنات
بعد التصحيح	٩	١٢	١٢	٤٨	فيها (٣×٢٧)=(٨١)[٢]

ثانيا- إذا كان الإنكسار في اسهم صنفين من الورثة: قورنت أسهم كل صنف بعدده.

أ- فإن توافقا رُد الصنف الى وفقه.[٣]

ب- وإن لم يتوافقا تُرك الصنف على حاله.

ثم بعد المقارنة المذكورة قوبل كل صنف مع الآخر:

أ- فإن كانا متماثلين يُضرب أحدهما في أصل المسألة أو مع عولها ان كانت عائلة:

الورثة:	أم	(٦) اخوة من الأم	(١٢) اخت ش	أصل المسألة(٦)
الفروض:	١/٦	١/٣	٢/٣	عالت[٤] الى (٧)
قبل التصحيح:	١	٢	٤	وصحت من (٢١)[٥]
بعد التصحيح	٣	٦	١٢	

---

[١] والمراد بالوفق هو خارج قسمة العدد على القاسم المشترك. وعدد الإخوة (٤) مع نصيبهم (٢) قبل التصحيح متوافقان في ان لهما قاسما مشتركا وهو العدد (٢) فوفق الإخوة (٤÷٢) يُضرب في أصل المسألة (٢×٦)= (١٢).

[٢] الأسهم المستحقة: (١/٨+ ١/٦+ ١/٦+ ٢/٣)= (٣+٤+٤+١٦)/٢٤= ٢٧/٢٤
فيعتبر البسط (الأسهم المستحقة) أصلا للمسالة بدلا من المقام (المضاعف المشترك).

[٣] فإن كانا متوافقين بالنصف بأن يقبل كلاهما القسمة على (٢) يرد الصنف الى نصفه، وان كانا متوافقين بالثلث بأن يقبلا القسمة على (٣) يرد الى ثلثه. وإن توافقا بالربع بأن يقبلا القسمة على(٤) يرد الى ربعه وهكذا...

[٤] الأسهم المستحقة: (١/٦+ ١/٣+ ٢/٣)= (١+٢+٤)/٦= (٧/٦) البسط أصلا، ورد الإخوة من الأم الى النصف (٣) لتوافقهم مع عدد أسهم قبل التصحيح في النصف. ورد عدد الأخوات الى ربعهن(٣) لوجود التوافق بالربع مع اسهمهن.

[٥] وهو حاصل ضرب أحد الصنفين المتماثلين بعد المقارنة والرد في المسألة العائلة.

الورثة:	ام	(٥) اخوة من الأم	(٥) اخوة من الأب	أصل المسألة (٦)[1]
الفروض:	٦/١	٣/١	ق	وصحت من حاصل
قبل التصحيح	١	٢	٣	ضرب احد الصنفين في
بعد التصحيح	٥	١٠	١٥	أصل المسألة (٥×٦)=٣٠

ب- وان تداخلا ضُرب أكثرهما في اصل المسألة أو بعولها ان كانت عائلة.

الورثة:	أم	(٨) اخوة من الأم	(٨) أخوات من الأب	أصل المسألة(٦)[2]
الفروض:	٦/١	٣/١	٣/٢	عالت الى (٧)
				وصحت من حاصل ضرب
قبل التصحيح	١	٢	٤	الصنف الأكثر عددا في
بعد التصحيح	٤	٨	١٦	المسألة (٤×٧)= ٢٨

الورثة:	زوج	(٥)اخوة من الأم	(١٠)اخوة ش	أصل المسألة (٦)
الفروض:	٢/١	٣/١	ق	وتصح من ضرب الصنف
قبل التصحيح	٣	٢	١	الأكبر عددا في المسألة
بعد التصحيح	٣٠	٢٠	١٠	(١٠×٦) = ٦٠[3]

ج- وإن توافقا، ضُرب وفق احدهما في تمام الآخر، ثم الحاصل في المسألة أو مع عولها ان كانت عائلة.

الورثة:	أم	١٢ أخا من الأم	١٦ أختا ش	أصل المسألة(٦)
الفروض:	٦/١	٣/١	٣/٢	عالت الى(٧)

---

[1] ولوجود التباين بين كل صنف وبين عدد اسهمه ترك الصنف على حاله. ولكون الصنفين متماثلين يضرب احدهما في اصل المسألة.

[2] الأسهم المستحقة (٦/١+ ٣/١+ ٣/٢)= (٦/٧) فيتعبر البسط أصلاً للمسألة بدلا من المقام، وبين عدد الإخوة وأسهمهم قبل التصحيح التوافق بالربع فأخذ ربعهن (٢). وبعد هذه العملية الذهنيتيصبح الصنفان متداخلين (٤، ٢) فيضرب اكبرهما في المسألة العائلة(٤×٧)=(٢٨) ومنه تصح المسألة.

[3] لوجود التباين بين كل صنف واسمه قبل التصحيح ترك الصنف على حالة وضرب اكبر هما عددا في أصل المسالة (١٠×٦)= (٦٠).

قبل التصحيح	١	٢	٤	وصحت من(٨٤)[1]
بعد التصحيح	١٢	٢٤	٤٨	

الورثة:	(٢) زوجة	(٨) اخوة ش	أصل المسألة(٤)
الفروض:	٣/١	ق	وصحت من(٣٢)[2]
قبل التصحيح	١	٣	
بعد التصحيح	٨	٢٤	

لكل زوجة أربعة أسهم، ولكل أخ ثلاثة أسهم.

د- وان تباين الصنفان ضُرب أحدهما في الآخر ثم ضُرب الحاصل في المسألة بعولها ان كانت عائلة.

الورثة:	(٣) بنات الإبن	(٤) اخوة ش	أصل المسالة(٣)
الفروض:	٣/٢	ق	وصحت من (٣٦)[3]
قبل التصحيح	٢	١	
بعد التصحيح	٢٤	١٢	

لكل بنت ابن ثمانية أسهم ولكل اخ ثلاثة أسهم.

ثالثا: يقاس الإنكسار على ثلاثة اصناف أو أربعة أصناف على الإنكسار على صنفين وتطبق نفس القواعد السابقة.

رابعا: لمعرفة نصيب كل وارث من المسألة المصححة يُضرب نصيبه من المسألة قبل التصحيح فيما ضُرب فيها، فالحاصل= نصيبه من المسألة بعد التصحيح.

---

[1] الأسهم المستحقة (٦/١ +٣/١ +٣/٢)= (١+٢+٤)/٦= (٦/٧).
فيعتبر البسط أصلا من المقام بين الإخوة وأسهمهم قبل التصحيح التوافق بالنصف فأخذ نصفهم(٦) بين الأخوات وأسهمهن قبل التصحيح للتوافق بالربع، فأخذ ربعهن (٤) والعددان(٦، ٤) متوافقان بالنصف، فيُضرب نصف أحدهما في تمام الآخر، ثم يُضرب الحاصل في اصل المسألة العائلة (٢×٦) أو (٤×٣)= (١٢)، (١٢×٧)= (٨٤).

[2] وللتباين بين كل صنف وأسهمه قبل التصحيح ترك الصنفان على حالهما وللتوافق بينهما بالنصف ضرب نصف أحدهما في الآخر ثم الحاصل في المسألة (١×٨) أو (٢×٤)= (٨). (٨×٤)= (٣٢) ومنه صحت.

[3] ترك الصنفان على حالهما للتباين بينهما وبين أسهمهما وضرب أحدهما في تمام الآخر ثم الحاصل في المسالة (٣×٤)=(١٢)، (١٢×٣)= (٣٦).

-٣٣-

قاعدة
(التَّصَرُّفُ عَلَى الرَّعِيَةِ مَنُوطٌ بِالمَصْلَحَةِ)[١]

مصدر هذه القاعدة الحديث الشريف، وقد روي عن النبي ﷺ أحاديث متعددة بهذا الخصوص، منها عن ابن عمر رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال:

((أَلَا كُلُّكُمْ رَاعٍ وَكُلُّكُمْ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، فَالأَمِيرُ الَّذِي عَلَى النَّاسِ رَاعٍ وَهُوَ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، وَالرَّجُلُ رَاعٍ عَلَى أَهْلِ بَيْتِهِ وَهُوَ مَسْئُولٌ عَنْهُمْ، وَالْمَرْأَةُ رَاعِيَةٌ عَلَى بَيْتِ بَعْلِهَا وَوَلَدِهِ وَهِيَ مَسْئُولَةٌ عَنْهُمْ، وَالْعَبْدُ رَاعٍ عَلَى مَالِ سَيِّدِهِ وَهُوَ مَسْئُولٌ عَنْهُ، أَلا فَكُلُّكُمْ رَاعٍ وَكُلُّكُمْ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ))[٢].

والمراد بالراعي هو الحافظ المؤمن الملتزم بصلاح ما قام عليه وما تحت نظره، وكل من كان تحت نظره شيء فهو مطالب بالعدل فيه والقيام بمصالحه في دينه ودنياه ومتعلقاته.

وبناءً على ذلك أن رئيس الدولة الذي له ولاية نظارة على عموم شعبه في الأمور العامة، يجب أن يكون كل تصرف يصدر عنه بخصوص مصالح الشعب، منوطاً برعاية المصلحة العامة لهذا الشعب في جميع الجوانب. فيجب على ولي الأمر أو رئيس الدولة أو من ينوب عنه في إدارة الأمور العامة، أن لا يتخذ أي قرار خاص بالمصلحة العامة بإرادته المنفردة. بل عليه قبل اتخاذ أي قرار عام أن يستشير بأهل الخبرة وأهل الاختصاص، تنفيذاً لأمر الله لرسوله ﷺ وكل من يُمثل الغير في إدارة الشؤون العامة، ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الأَمْرِ﴾[٣].

وورد في القرآن الكريم الأمر بالشورى في آيات أخرى، منها قوله تعالى: ﴿وَأَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ﴾[٤].

---

١ مجلة الأحكام العدلية، ، م٥٨

مصدر هذه القاعدة الإجماع.

٢ صحيح مسلم بشرح النووي ٢١٢/١٢ وما بعدها

٣ ال عمران / ١٥٩

٤ ال الشورى / ٣٨

ومن تطبيقات هذه القاعدة:

أ- لا يجوز لولي الأمر (رئيس الدولة أو من ينوب عنه) أن يُكلف شخصاً بخدمة عامة، ما لم تتوافر فيه أهلية الوفاء بهذا الالتزام من حيث الكفاءة والمؤهلات والإخلاص والأمانة وعدم الانحياز لجهة دون أخرى.

ب- لا يجوز تكليف أي شخص بالقيام بالخدمة العامة للشعب على أساس الحزبية أو القرابة أو المنسوبية أو العلاقات الشخصية، إذا لم تتوافر فيه الأهلية، لأن الأمر يتعلق بالمصلحة العامة، وهذه المصلحة ليست ملكاً لأحد حتى يتصرف فيها كما يشاء.

ج- ولي الأمر مسؤول عن كل ما يحدث في الدولة أو في الإقليم الذي يتولى إدارة شؤونه في جميع مجالات الحياة من الناحية الصحية والاقتصادية والسلمية والأمن والاستقرار، وتأمين سائر مستلزمات الحياة الآمنة وضمان توفير الطمأنينة لكل فرد من أفراد المجتمع الذي يتولى إدارتهم.

د- على القضاة تطبيق العدالة في كل ما يحكمون به في جميع المجالات، وعليهم الالتزام بعدم الانحياز إلى أي من المدعي والمدعى عليه. وعليهم عدم الاختلاط خلال ممارسة وظيفة القضاء بغيرهم، حتى لا يتأثرون بالعلاقات الشخصية مع الغير، فتؤدي هذه العلاقات إلى التأثير فيهم برعاية مصلحة أحد الخصوم دون مصلحة غيرهم.

-٣٤-

قاعدة
(التضمين إلزام بالتعويض وليس تمليكا)

من استولى على مال الغير بطريقة غير مشروعة، يكون ملزماً برد عينه إذا كان باقياً، وإلاّ فيُلزم برد بدله من مثل إذا كان مثلياً وبقيمته إذا كان قيمياً.[١]

وقد اختلف الفقهاء في تكييف التضمين في هذه القاعدة، هل هو إلزام بالتعويض كما يقول الجمهور، أو هو تمليك كما يقول الحنفية. وفيما يلي تفصيل ذلك:

أ- ذهب الحنفية ومن وافقهم إلى أن السارق لا يكون ضامنا للمال المسروق عن تلفه إذا نُفذت عقوبة القطع، وذلك استنادا إلى قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُواْ أَيْدِيَهُمَا جَزَاء بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِّنَ اللّهِ...﴾[٢]

وجه الاستدلال: أن لفظ (جزاء) اسم خاص يدل على معنى معين مخصوص دلالته قطعية وهو عقاب ما قام به السارق من ارتكاب الجناية وإتلاف المال المسروق. وكل إضافة إلى ذلك تصطدم مع هذا القطع ويكون نسخاً له.

وجملة الكلام: أن للسرقة حكمين: أحدهما يتعلق بالنفس (نفس السارق) والآخر يتعلق بالمال (المال المسروق).

أما الذي يتعلق بالنفس فهو القطع لقوله تعالى: ﴿..وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُواْ أَيْدِيَهُمَا...﴾، وهذا حكم متفق عليه.

أما ما يتعلق بالمال من حيث الضمان فقد اختلف فيه الفقهاء. فقال الحنفية: الضمان والقطع لا يجتمعان في سرقة واحدة، فهلاك المسروق أو استهلاكه على يد السارق بعد

---

[١] المال المثلي وهو ما يكون له المثل من نفس الصنف ويحل بعضه محل بعض في الوفاء كالموزونات والمعدودات والمقيسات.
المال القيمي وهو الذي لا يكون له المثل أو يكون له المثل ولكن كان متعذرا الحصول عليه في الأسواق أو في أيدي الناس.

[٢] المائدة : ٣٨

القطع أو قبله لا ضمان عليه، وتمسكوا بأصلهم القائل: "إن الزيادة على النص الخاص نسخ". بالإضافة إلى الاستدلال بالسنة والمعقول.

أولا: تمسكوا بالنص الخاص في قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ..الآية﴾ وجه الاستدلال من وجهين:

أحدهما: إن الله سمى القطع جزاء والجزاء يُبنى على الكفاية، لأنه اسم خاص موضوع لمعنى معلوم يدل عليه دلالة قطعية بينة واضحة لا إجمال فيه حتى يبين بالسنّة. فلو ضمّ إليه ضمان المال المسروق لدلّ ذلك على أن القطع لم يكن كافيا، فلم يكن جزاء والله تعالى منزه عن الخلف في الخبر.

وثانيهما: إن الله جعل القطع كل الجزاء لأنه ذكره كاسم خاص دال على مدلوله دلالة قطعية ولم يذكر غيره، فلو أوجبنا الضمان لصار القطع بعض الجزاء والبعض الآخر هو الضمان، فيكون ذلك زيادة على الخاص ونسخاً لنص الكتاب العزيز.

ثانيا: السنة/ قالوا إن هناك سنة نبوية أكّدت ما دل عليه النص الخاص في القرآن الكريم من أن القطع جزاء كامل لأصل الفعل الإجرامي وإتلاف المسروق، وهو ما رواه عبدالرحمن بن عوف عن الرسول (ﷺ)من أنه قال: ((إذا قطع السارق فلا غرم عليه)) [1].

ثالثا: المعقول/ قالوا إن العقل السليم يؤيّد ما أكدنا عليه من أن القطع هو جزاء كامل لكل من السرقة وإتلاف المسروق، ذلك لأن المضمونات تملك عند أداء الضمان أو اختياره من وقت الأخذ (أي بأثر رجعي)، إذن بعد التغريم يعتبر السارق مالكاً للمال المسروق اعتباراً من تأريخ تنفيذ السرقة وبذلك يكون عقاب السارق وقطعه في ملك نفسه وذلك غير جائز بالاتفاق.[2]

وبناء على هذه التحقيقات الدقيقة وصلوا إلى نتيجة قائلة بأن القطع والتغريم لا يجتمعان، فإذا غرّم قبل القطع سقط القطع، وان قطع قبل التغريم سقط التغريم.

---

[1] كتاب : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لأبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني علاء الدين

[2] انظر البدائع المرجع السابق ٤٢٦٩/٩ . أصول البزدوي مع كشف الأسرار ٩١/١.
أصول السرخسي ١٢٩/١ .

ووافق رأي الحنفية في هذا بعض الفقهاء مطلقاً كالثوري.[١]

وفرق الإمام مالك بين السارق المعسر والمتمكن فقال: لا ضمان على المعسر، وأخذ بذلك أيضا عطاء، وابن سيرين، والشعبي، ومكحول.[٢]

ب- وقال جمهور فقهاء المسلمين من الشافعية[٣]، والحنابلة[٤]، والجعفرية[٥]، والظاهرية[٦]، وغيرهم بوجوب الجمع بين القطع والضمان، لأن الضمان حق العبد والقطع حق الله، فإذا توفر سببهما يجب الحكم بهما.

وجملة الكلام: أن السارق حين يسرق يعتدي في وقت واحد على حقين حق الله (الحق العام)، وهو: استقرار وطمأنينة المجتمع في أموالهم وحياتهم. وحق العبد (الحق الخاص)، وهو الحق الشخصي للمسروق منه. فالجناية على حق الله عقابها هو القطع المبين في القرآن الكريم. والاعتداء على أموال الناس ضمانه مقرر وفق القواعد العامة الثابتة في الشريعة الإسلامية منها قول الرسول(ﷺ) ((لا ضرر ولا ضرار)). ونظير ذلك كثير في القضايا التي فيها اعتداءان: اعتداء على حق الله، واعتداء على حق العبد، وبالتالي يجب فيها عقابان كما في القتل الخطأ تجب فيه الكفارة حقاً لله، كما تجب فيه الدية (التعويض) حقاً للعبد (ورثة المجني عليه).

الترجيح:

إن الرأي الذي أرى ترجيحه هو ما ذهب إليه الإمام مالك ومن حذا حذوه من التفريق بين السارق المتمكن وبين السارق المعسر (المعدم) بالجمع بين القطع والضمان بالنسبة للأول دون الثاني.

---

١ البدائع، المرجع السابق ٤٢٦٩/٩ أصول البزدوي مع الكشف ٩١/١.
أصول السرخسي ١٣٠/١

٢ المغني لأبن قدامة ٣٧١/٨ .

٣ المهذب (٢٨٤/٢). وفيه "إذا تلف المسروق في يد السارق، ضمن بدله وقطع ولا يمنع أحدهما الآخر، لأن الضمان يجب لحق آدمي، والقطع يجب لله تعالى، فلا يمنع أحدهما الآخر كالدية والكفارة".

٤ المغني لأبن قدامة (٢٧٠/٨). وفقه: "إذا قطع فإن كانت السرقة باقية ردت إلى مالكها، وإن كانت تالفة فعليه قيمتها، سواء كان موسراً أو معسراً".

٥ الخلاف للطوسي (٤٧٣/٢). وفيه: "إذا سرق عيناً في مثلها قطعناه، فإن كانت العين باقية ردها بلا خلاف، وإن كانت تالفة غرم قيمتها".

٦ المحلى ٣٣٩/١١

فهذا التفصيل وإن لم يعززه نص ظاهر خاص من القرآن أو السنة، إلا أنه أقرب إلى الأخذ بروح الشريعة الإسلامية السمحاء.

أما بالنسبة للمتمكن، فلأن العقاب والضمان لم ينصبا على محل واحد، بل عقاب القطع يكون للنفس، والضمان يكون للمال المسروق.

وكذلك لم يكن سببهما واحداً، فسبب القطع هو هتك حرمة حق الله (الحق العام) من الإخلال براحة وأمن واستقرار وطمأنينة حياة المجتمع، فيُعاقب على ذلك وفقاً لقوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُواْ أَيْدِيَهُمَا ...﴾[1]. وسبب الضمان هو التجاوز على حق خاص للعبد (المسروق منه) دون مبرر، فيحكم عليه بضمان وفقاً للقواعد العامة في الشريعة الإسلامية، منها قول الرسول العظيم (ﷺ): ((لا ضرر ولا ضرار)).

إذن من الطبيعي أن يحكم القاضي بحكمين مستقلين أو بحكم واحد على السارق بكل من القطع والضمان. وهذا ما استقرت عليه قوانين جميع دول العالم في الوقت الحاضر، فكل من يرتكب جريمة يترتب عليها ضرر مادي يحكم على المجرم بالتعويض، بالإضافة إلى الحكم عليه بالعقوبة المقررة للجريمة بناء على طلب المتضرر.

أما في حالة فقر السارق فإن سماحة الإسلام وعدالة السماء تقضي بإعفائه من التعويض والاكتفاء بالقطع.

ولكن أضيف إلى رأي الإمام مالك (رحمه الله) ما يكمله وهو أن العدالة التامة تتطلب في هذه الحالة تعويض المتضرر من خزينة الدولة (المالية العامة).

هذا إذا لم يكن الفقر هو العامل الدافع إلى ارتكاب الجريمة، وإلا فإن الإحسان يقضي بإعفائه من القطع أيضاً، وفقاً لأمر الله العادل المحسن ﴿إِنَّ اللّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالإِحْسَانِ...﴾[2] كما قضى بذلك سنة المجاعة.

---

[1] المائدة : ٣٨

[2] النحل : ٩٠

-٣٥-

قاعدة

(تكييف الشيء تحديد وصفه الشرعي أو القانوني)

التكييف تحديد وصف الموضوع وتطويعه للنص الذي يُعالجه.

ومن تطبيقات هذه القاعدة:

تكييف العقد: العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المقعود عليه كالحقوق، والعاقد كالإلتزامات، ويُكيَّف بحيثيات مختلفة:

أولا: من حيث التنظيم القانوني:

١- يُكيّف بالعقد المسمى، وهو الذي خصّه الشارع أو المشرع بإسم معين، ووضع له تنظيماً قانونياً أو شرعياً معيناً.

٢- العقد غير المسمى، هو الذي لم يُخصّ بإسم معين ولم يخضع لتنظيم معلوم.

ثانيا: من حيث الإنعقاد:

١- يُكيّف بالرضاء، وهو الذي يكفي لإنعقاده توافر تراضي العاقدين. وأغلب العقود من هذا القبيل.

٢- الشكلي، وهو الذي لا ينعقد ما لم يتم إفراغ التراضي في شكل معين يختاره القانون، كالتصرفات المنصبّة على العقارات، كما في المادة (٥٠٨) من المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، والمادة (٣) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١. وقد نصّت هاتان المادتان على أن بيع العقار باطل ما لم يُسجل في الدائرة المختصة (التسجيل العقاري).

٣- العيني، وهو عقد لا يتم بالتراضي، بل يجب لترتب الحقوق القبض. وعلى سبيل المثل: الموهوب لا يصح للموهوب له التصرف فيه قبل القبض.

ثالثا: من حيث الإلزام والإلتزام:

١- يُكيّف بأنه مُلزم للجانبين، وهو الذي يُنشئ الإلتزامات متقابلة في ذمة كل من العاقدين، كالبائع والمشتري.

٢- الملزم لجانب واحد، كعقود التبرعات، مثل عقد الهبة ملزم للواهب قبل القبض دون الموهوب له.

رابعا: من حيث دور عنصر الزمن:

١- يُكيّف بالفوري التنفيذ: وهو الذي لا يكون الزمن عنصرا جوهريا في تعيين محله كعقد البيع.

٢- المستمر التنفيذ: وهو العقد الذي يدخل الزمن في تعيين محله كعقد الاجارة.

خامسا: من حيث العوض:

١- يُكيف بعقد المعاوضة، وهو الذي يأخذ فيه كل من العاقدين مقابلا لما يُعطيه للعاقد الآخر، كعقد المقايضة والإيجار.

٢- عقد التبرع، وهو الذي لا يأخذ فيه أحد العاقدين مقابلا لما يعطيه للعاقد الآخر، كعقد الهبة وعقد العارية. [1]

---

[1] لمزيد من التفصيل يُراجع مؤلفنا (نظرية الإلتزام برد غير مستحق) ص١٢٢ ومايليها.

(حرف الثاء)

-٣٦-

قاعدة
(الثَّابِتُ بِالبُرْهَانِ كَالثَّابِتِ بِالعِيَانِ)[١]

ولهذه القاعدة تعابير أخرى، منها:

أ. (الثابت بشهادة ذوي العدول كالثابت بإقرار الخصم)[٢].

ب. (الثابت بالبيّنة بمنزلة المعلوم عند القاضي)[٣].

ج. (الثابت بالبيّنة كالثابت عياناً)[٤].

د. (الثابت بالبيّنة كالثابت بالإقرار)[٥].

ه. (الثابت بالبيّنة كالثابت باتفاق الخصم)[٦].

مضمون هذه القواعد هو أن البرهان عبارة عن الحجة التي يثبت به المدعى، والعيان والبرهان والمعاينة والمشاهدة والرؤية بالعين، بمثابة الألفاظ المترادفة. ومعنى كل قاعدة منها أن المدعى به إذا ثبت بشهادة العدول يثبت بها الحق ويكون في قوة المثبت بالمشاهدة والمعاينة والبرهان في إلزام الخصم، فعلى القاضي أن يحكم بمقتضاها.

وجدير بالذكر أن الشهادة جملة خبرية تحتمل الصدق والكذب، لكن الشارع الحكيم كالقانون الوضعي أقرّ قبولها والعمل بمفادها رعاية لحماية حقوق الناس.

قال تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ من رِّجَالِكُمْ..الآية﴾.[٧]

---

١ مجلة الأحكام العدلية، ، م٧٥

٢ المبسوط ١٦٨/١٩.

٣ المبسوط ٢٩/١٦

٤ الفتاوى الخانية ص٣٤.

٥ المبسوط ١٤٤/٦.

٦ قواعد الفقه ص٧٣. يُنظر موسوعة القواعد الفقهية، الدكتور محمد صدقي. ٥٢٧/٢.

٧ البقرة : ٢٨٢

وقال في سورة الطلاق: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ ..الآية﴾. [١]

وقال رسول الله ﷺ ((البيّنة على المدعي واليمين على من أنكر- وفي رواية- على المدعى عليه)).

البرهان في الاصطلاح الفقهي بمعنى الحجة، سواء كانت مكونة من اليقينيات أو الظنيات (الأمارات) أو من كلتا الفئتين.

أما في اصطلاح علماء المنطق فهو عبارة عن دليل منطقي تكون جميع مقدماته يقينيةً، فإذا كانت إحداها ظنية، تكون نتيجة الدليل ظنية أيضاً، لأن نتيجة الدليل تابعة لأخس[٢] مقدماته، ويسمى الدليل أمارة لا برهاناً.

ويبدو أن المراد بالبرهان في القواعد الفقهية هو الحجة، أي الشيء الثابت المبني على اليقين أو الظن الغالب، لأن القاضي لو كُلف بأن يبني قناعته بالدليل والحكم عليه في اليقين فقط، لضاع كثير من حقوق الناس، لأن القاضي عادةً يعمل بالبينات التي تكون من الشهادات غالباً، والشهادة ولو كانت من ذوي العدول من الأخبار، والخبر يحتمل الصدق والكذب، وإذا كان مطابقاً للواقع يُسمى صدقاً، وإذا كان الواقع مطابقاً له يُسمى حقاً، فالصدق والحق متحدان بالذات ومختلفان بالاعتبار، وإذا لم يكن الخبر مطابقاً للواقع يُسمى كذباً، وإذا كان الواقع غير مطابق للخبر يُسمى باطلاً. فالكذب والبطلان كالحق والصدق متحدان بالذات ومتغايران بالاعتبار.

وتندرج تحت القاعدة المذكورة عدة قواعد أخرى، وبناءً على ذلك تُعتبر بمثابة الجنس وما يندرج تحتها بمثابة الأنواع، أو تُعتبر بمثابة الأصل وما يندرج تحتها من القواعد الأخرى تكون بمثابة الفروع. ورغم ذلك فإن العلماء الباحثين في القواعد جعلوا تلك الفروع أو الأنواع قسيمة لأصلها أو جنسها، وقسيم الشيء كما ذكرنا مباين له، والمقسم أعم والقسم أخص، فخلط هؤلاء العلماء بين القسيم والأقسام، فبحثوا الأقسام في مبحث القسيم، وهذا خطأ لا يُغتفر في ميزان المنطق. ولذا رأينا الأسلوب الصائب في دراسة الفروع تحت أصولها أو الأنواع تحت جنسها، كما يلي:

---

١ الطلاق : ٢

٢ أي الخسيس.

١- قاعدة (الْبَيِّنَةُ لِلْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ)[١]:

أي: إن المدعي يُكلف بإثبات دعواه بإقامة البينة، إذا كان المدعى عليه قد أنكر الدعوى، فإذا عجز المدعي عن إقامة البيّنة يُوجه إلى المدعى عليه اليمين، والبينة في عرف جمهور الفقهاء الشهادة، بحيث تكون مرادفة لها. وقد يُراد بالبينة ما هو أعم من الشهادة على أساس أن كل ما به البيان يكون بينة، والراجح هو المعنى الثاني، أي أن البينة أعم من الشهادة، وبوجه خاص قد اكتشف العلم الحديث كثيرا من الأمور التي تُعد حجة لإثبات التهمة الموجهة إلى المتهم، ومن تلك الاكتشافات بصمة الإبهام وتحليل الدم وغير ذلك من الآثار التي ترجع إلى البرهان اللمي، أي الاستدلال بالأثر على وجود مؤثّره.

ومن تطبيقات هذه القاعدة:

أ- إذا ادعى شخص مقدارا من الدين بذمة الغير وأنكر هذا الغير، فإذا أثبت المدعي دعواه بالبينة ثبتت ويُحكم له بها، وإن عجز، توجّه اليمين إلى المدعى عليه بناءً على طلب المدعي، فإذا حلف تُرد دعوى المدعي ويُحكم عليه بالمدعى به.

ب- إذا ادعت امرأة نفقة من زوجها فأنكر المدعى عليه كونها زوجته، فعليها إثبات الزوجية بالبينة، فإذا عجزت يُكلف المدعى عليه باليمين بناءً على طلب الزوجة، وإذا حلف لا تُسمع الدعوى وتُرد، وإن نكل يُحكم عليه بالنفقة.

٢- قاعدة (الْبَيِّنَةُ لِإِثْبَاتِ خِلَافِ الظَّاهِرِ وَالْيَمِينُ لِبَقَاءِ الْأَصْلِ)[٢]:

أي: إن الأمور التي يشهد بها ظاهر الحال لا تحتاج إلى بيّنة، وأن البينة إنما يُحتاج إليها في إثبات خلاف الظاهر، وأن اليمين إنما يوجه لإبقاء الأصل، لأن الأصل براءة

---

١ مجلة الأحكام العدلية، ، م(٧٦)
هذه القاعدة مصدرها الحديث الشريف ((أَنَّ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ)) أخرجه الترمذي في سننه ٤٠٣/٣، كتاب الأحكام، باب ما جاء في أن البيّنة على المدعي واليمين على المدعى عليه، رقم الحديث ١٣٤١.

٢ مجلة الأحكام العدلية، ، م(٧٧)

الذمة والمنكر يتمسك ببراءة الذمة، واليمين إنما توجه للتوثق من بقاء هذا الأصل على حاله.[1]

ومن تطبيقاتها:

أ- إذا ادعى البائع أنه قد باع المبيع في حين كان ناقص الأهلية، فبيعه غير نافذ، وطلب رد المبيع إذا لم يُجزه هو بعد البلوغ أو وليه قبل البلوغ، وادعى المشتري أن البائع قد باعه المال المذكور وهو بالغ عاقل، فالبيع انعقد نافذا فلا يحق لأي من العاقدين فسخه بإرادته المنفردة. وبما أن ظاهر الحال مع المدعى عليه، فالقول قوله والبينة على المدعي لإثبات نقص أهليته حين إبرام العقد.

ب- إذا اختلف المتعاقدان في كون العقد وقع طوعا أو كرها، فبما أن الطوع هو الأصل فهو الظاهر، والكره خلاف الأصل فعلى من يدّعيه البيّنة.

٣- قاعدة (الْبَيِّنَةُ حُجَّةٌ مُتَعَدِّيَةٌ وَالإِقْرَارُ حُجَّةٌ قَاصِرَةٌ)[2]:

أي: إن الإقرار لا يسري على غير المقر، وبتعبير آخر لا يسري على غير المحكوم عليه، وأن البينة لا تقتصر على من أقيمت عليه، بل تسري على غيره، أي لا تقتصر على المحكوم عليه، بل تسري على غيره أيضاً، فإنها حجة على المحكوم عليه وعلى من تلقى المحكوم عليه الملك عنه.

ومن تطبيقات هذه القاعدة:

أ- إذا أقام من له دين في ذمة المتوفى الدعوى على أحد الورثة إضافة إلى التركة، فإذا أثبت دعواه بالبينة، يسري الحكم على جميع الورثة، أما إذا لم تثبت الدعوى بالبينة بل ثبتت بإقرار أحد الورثة الذي اتخذه خصما، فإن الحكم الذي يصدر بموجبه يختص بما يصيب حصة المقر من الدين إضافةً إلى التركة.[3]

ب- إذا أمر أحد الشريكين شريكه ببيع دار مشتركة، ثم أقر الآمر بأن البائع قد قبض جميع الثمن، فإن المشتري لا يبرأ من نصيب البائع.

---

١ منير القاضي، المرجع السابق ١/١٤٠

٢ مجلة الأحكام العدلية، ، م٧٨

٣ مجلة الأحكام العدلية، ، م١٦٤٢

٤- قاعدة (الْمَرْءُ مُؤَاخَذٌ بِإِقْرَارِهِ) [1]:

أي: إن المرء إذا أقر بشيء فإنه يُلزم بما أقرّ به، فلا ينفع بعد ذلك ادعاؤه الخطأ في الإقرار. ولكن إذا كُذب الإقرار بحكم الحاكم فلا يُعتبر. [2]

ومن تطبيقاتها:

أ- إذا أقرّ شخص لآخر بدين، فإنه يلزم به ولا تنفعه دعوى الإيفاء، لأن هذه الدعوى رجوع عن الإقرار، إلا إذا ادعى وقوع الإيفاء بعد الإقرار.

ب- إذا ادعى المشتري بأن في المبيع عيبا قديما وأقرّ البائع بذلك، فللمشتري رد المبيع بناءً على الإقرار.

---

١ مجلة الأحكام العدلية، ، م(٧٩)

٢ ينظر المادة (١٥٨٧) من مجلة الأحكام العدلية

-٣٧-

قاعدة

(الثابت بالتصادق كالثابت بالمعاينة)[١]

ومن تطبيقات هذه القاعدة:

أ- إذا أقرّ أخ وأخت بأخ لهما، فيجب تقسيم التركة بين المقرّ والمقرّ له، فيكون للأخ المقَرّ له حق في نصيبهما من التركة دون نصيب سائر الورثة، لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر وحده، وقد تصادق الأخ والأخت على الأخ المُقَرّ له.

ب- إذا قالت المطلقة طلاقا رجعيا قد انقضت عدتي، ومن الواضح أنها تُصبح بائنة بإنتهاء عدة، فلا يبقى مجال لرجعتها. وإذا قال الزوج: قد أخبرتنى أمي أنها لم تحض شيئاً، فإن صدقته المرأة في ذلك فللزوج أن يراجعها، إذ قد تصادقا على قيام الزوجية بينهما، بخلاف ما لو كذّبته، حيث يكون القول لها مع يمينها.

---

١ المبسوط ١٨/١٤٠.

(حرف الجيم)

-٣٨-

قاعدة

(جِنَايَةُ العَجْمَاءِ جُبَارٌ)[١]

أي ما تتلفه البهيمة من الأضرار بالنفس والمال هدر وباطل لا حكم له لا جنائياً ولا مدنياً، شريطة أن لا ينشأ ذلك بسبب فاعل مختار.

ومصدر هذه القاعدة الحديث النبوي ((العجماء جرحها جبار)).

ومن تطبيقاتها:

أ- إذا أدخل أحد دابته في ملك غيره بإذنه، لا يضمن ما تتلفه.

ب- لو ربط شخصان دابتهما في محل لهما حق الربط فيه، فأتلفت إحدى الدابتين الأخرى، لا ضمان على صاحب الدابة.

ج- إذا كانت الدابة جموحا ولم يقدر الراكب على ضبطها فأضرّت بالغير، لا يلزمه الضمان.

وهذا كله إذا لم يكن لصاحب الدابة تسبب أو تعدٍ أو تقصير، أما إذا كان لصاحبها شيء من ذلك فإنه يضمن جنايتها لأنه يعتبر مسبباً.

وعلى سبيل المثل إذا أدخل شخص الدابة في مزرعة شخص آخر، فإنه يضمن ما أتلفته الدابة.

د- إذا كان راكب دابة يسير في ملكه فنفحت برجلها أو بذيلها أو كدمت بفمها، فلا ضمان عليه.

هـ- إذا أدخل شخص دابته في ملك غيره بإذنه فلا يضمن جنايتها.

ز- إذا ألحق السائق الضرر بالغير تحت ضغط عاصفة جوية وكانت الرؤية صفرا لا يضمن ما لم يكن السائق مقصرا أو مفرطاً.

---

١ مجلة الأحكام العدلية، م٩٤

-٣٩-

قاعدة
(الْجَوَازُ الشَّرْعِيُّ لا يُنَافِي الضَّمَانَ)

الصواب:

(الجواز الشرعي الاستثنائي لا يُنافي الضمان)

هذه القاعدة أيضا على إطلاقها خطأ، فيجب تقييدها بقيد الجواز الشرعي الاستثنائي، فإنه لا ينافي الضمان، وعلى سبيل المثل من أتلف مال الغير تحت ضغط إكراه ملجئ أو ضرورة، يكون عمله مشروعا وجائزاً رخصة للضرورة أو الإكراه، لكن يجب عليه الضمان، لأنه قام بعمل غير مشروع في أصله تحت ذريعة الرخصة دون الإباحة، والرخصة لا تنافي الضمان.

-٤٠-

قاعدة

(الْجَوَازُ الشَّرْعِيُّ يُنَافِي الضَّمَانَ)[١]

الصواب:

(الجواز الشرعي الأصلي يُنافي الضمان)

هذه القاعدة نقلها السلف والخلف نقلا مطلقا عن كل تقييد، وهذا خطأ، فيجب تعديل القاعدة كالآتي: (الجواز الشرعي الأصلي ينافي الضمان) بخلاف الجواز الشرعي الاستثنائي، فإنه لا يُنافي الضمان.

وعلى سبيل المثل (من حفر بئرا في ملكه الخاص كحديقته أو بستانه فوقع فيها شيء فتلف أو أصابه نقص، فلا يُسأل الحافر عن أي جزاء لا مدنيا ولا جنائيا، لأنه قام بعمل مشروع في الأصل، وهو ينافي الضمان، لذا يجب تقييد هذه القاعدة بقيد (الأصلي).

والقاعدتان مذكورتان بصياغة واحدة تتضمنان حكمين مختلفين، ولبيان سبب هذا الاختلاف يجب تقييد الأولى بالجواز الشرعي الاستثنائي، وتقييد الثانية بالجواز الشرعي الأصلي.

---

١ مجلة الأحكام العدلية، م٩١

(حرف الحاء)

-٤١-

قاعدة

(الحَاجَةُ تُنَزَّلُ مَنْزِلَةَ الضَّرُورَةِ عَامَّةً أَوْ خَاصَّةً)[١]

أي الحاجة تسري عليها أحكام الضرورة وتكون مانعة من المسؤولية الجزائية وتُعد من أسباب الرخصة.

والحاجة ما يحتاج إليه المحتاج في خصوص تلك الحاجة، فهي دون الضرورة من حيث الإستدعاء للتيسير أو التسهيل لرفع الضيق.

الحاجة نوعان، عامة وخاصة:

أ- **الحاجة العامة** هي التي لا تخص ناساً دون ناس، وإقليماً دون إقليم، بل تتحقق بالنظر إلى جميع الناس في جميع الأقطار، كحاجة الناس إلى الإيجار والاستصناع ونحو ذلك.

ب- **الحاجة الخاصة** هي التي تخصّ ناساً دون ناس ومجتمعاً دون مجتمع وصنفاً دون صنف، كالحاجة التي دفعت فقهاء الحنفية إلى الإفتاء بجواز بيع الوفاء وكحاجة التُجار إلى اعتبار البيع بالنموذج مسقطاً لخيار الرؤية، إذا كان النموذج مطابقاً لما اتفق عليه العاقدان.

ومن تطبيقات هذه القاعدة:

١- جاز عقد الإيجار على أن تكون الأجرة نقداً، مع أن المنفعة المعقود عليها معدومة وقت إنشاء العقد. هذا هو رأي من قال بأن المنفعة من الأعراض التي تتجدد بتجدد الزمان.[٢] ولكن هذا المثال خطأ كما ذكرنا سابقا، لأن الذي يتجدد بتجدد الزمان هو الانتفاع بالمنفعة، أما المنفعة نفسها فهي طاقة كامنة في رقبة المال تُستهلك بمرور الزمان ثم تُرمى الرقبة في سلة المهملات حين انتهاء منفعتها.

---

١ مجلة الأحكام العدلية، م٣٢

٢ كالحنفية، والأستاذ منير القاضي في شرح المجلة ٩١/١

٢- جواز الدخول في الحمام مقابل بدل معلوم رغم أن مدة المكث فيه مجهولة، ومقدار الماء الذي يصرفه المستحم مجهول، وكذلك الدخول في المحلات العامة كالمتحف مقابل بطاقة ذات قيمة محددة، رغم مجهولية مدة بقاء الشخص في تلك المحلات ومدى انتفاعه بمحتوياتها، ورغم ذلك جاز الدخول لأن الحاجة تدعو إلى جوازه. وعلى هذا يُبنى تجويز المعاملات الجارية في الفنادق بخصوص السكنى والخدمة والأكل والشرب للنازل، فإن كمية ما يأكله ويشربه النازل مجهولة، ومن يقوم بالخدمة غير معلوم من حيث مدة القيام بها، ولكن حاجة الناس إلى هذه المعاملة محققة، لذا أُجيزت استثناءً من القاعدة العامة.

٣- جاز عقد السلم مع أن المبيع معدوم وقت العقد، وذلك لحاجة التجار إلى استثمار أموالهم وحاجة المزارع إلى استثمار أرضه بالزراعة.

٤- جاز عقد استئجار السمسار على أن له في كل مائة كذا، فالأصل منعه، لكن جُوز لحاجة الناس إليه.

٥- جاز استئجار المرضعة للإرضاع، فالعقد يرد على الحليب والخدمة، وهما معدومان حين ابرام العقد، ورغم ذلك جُوِّز لحاجة الناس إليه.

٦- جازت الوصية مع أن الأصل عدم الجواز، لأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، وهو لا يقبل ذلك في الأصل، لأن التركة بعد الموت ملك الورثة، وأن الذمة المالية للموصي تنتهي بموته.

وهناك تطبيقات كثيرة لا مجال لذكرها، فكلها جائزة على سبيل الإستثناء الذي يسمى الإستحسان في اصطلاح الأصوليين.

-٤٢-

قاعدة
(الحدود تُدرأ بالشبهات)

الجرائم في الشريعة الإسلامية تُقسم من حيث طبيعتها إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: جرائم القصاص والدّية:

أي جرائم الأشخاص أو جرائم الاعتداء على النفس وما دون النفس، وجزاء هذا القسم هو القصاص إذا كانت الجريمة عمدية، والدّية إذا كانت خطأً.

القسم الثاني: وهي جرائم الاعتداء على حق الله (الحقوق العامة)

أو على الحقوق المشتركة بين الله وبين العبد ويكون حق الله هو الغالب (كجريمة السرقة أو الزنا)، ومن ميزات وخصائص جرائم هذا القسم أن كلاً من التجريم والعقاب يثبت بالنص، كتجريم الزنا بقوله تعالى: ﴿وَلاَ تَقْرَبُوا الزِّنَى إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلاً﴾[1].
وكذلك العقوبة تثبت بالنص كما في قوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾[2].
والحاصل أن جرائم الحدود في الشريعة الإسلامية ومطلق الجرائم في القانون تجريمها وعقوباتها تكون بالنص، أخذا بقاعدة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بالنص).
ومن خصائص جرائم الحدود أيضا أنها متداخلة، أي من ارتكب جريمةً من هذه الجرائم عدة مرات، يُعاقب على الجريمة الأخيرة، وذلك لحصول الشبهة في المرات السابقة.
ومن خصائصها أيضاً أنها تسقط بالشبهة، والشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت، أو ما التبس أمره فلا يُعرف أحلالٌ هو أم حرامٌ؟ أو هو حق أم باطل؟

---

١ سورة الإسراء/٣٢
٢ سورة النور/٢

ومن ميزاتها أيضاً أنها تتحول إلى جريمة تعزيرية، إي لا تُطبق عقوبتها المخصصة بالنص الشرعي، وإنما تُحدد لها عقوبة تستحدثها وتُحددها السلطة التشريعية الزمنية.

أنواع الشبهة:

تُقسم الشبهة حسب الاستقراء الموجود في الفقه الإسلامي إلى ثلاثة أنواع وهي:

١- **الشبهة في المحل:** كوطء الزوجة الحائض الذي نهى عنه القرآن في قوله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنْ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ وَلاَ تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمْ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ التَّوَّابِينَ وَيُحِبُّ الْمُتَطَهِّرِينَ﴾[1]. وفلسفة هذا النهي هي أن المعاشرة الزوجية أثناء الحيض تُعرض كُلاً من الزوجين لأمراض خطيرة، وكذلك الولد الذي يتكون من هذه المعاشرة إذا حصل هذا التكون.

٢- **الشبهة في الفاعل:** كمن وطء إمرأة ظن أنها زوجته أو عاشر إمرأة كان زواجها فاسداً، كما في الزواج بلا شهود أو زواج إمرأة تم زواجها في عدتها من طلاق سابق لزوج آخر.

٣- **الشبهة في الحرمة:** أي ما اختلف الفقهاء في حله وحرمته كزواج زوجة تم زواجها بلا ولي أو بلا شهود وزواج المتعة.

وسقوط العقوبة المحددة بالنص في جرائم الحدود مصدره قول الرسولﷺ ((ادرؤا الحدود عن المسلمين[2] ما استطعتم، فإن كان له مخرجٌ فخلوا سبيله، فإن الإمام أن يُخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة))[3]. وفي رواية ابن ماجة ((ادفعوا الحدود ما استطعتم له مدفعاً))[4].

---

١ سورة البقرة/٢٢

٢ هذا القيد ليس له المفهوم المخالف.

٣ أخرجه الترمذي في سننه ٣/٤٥٣، كتاب الحدود، باب ما جاء في درء الحدود، رقم الحديث ١٤٢٤.

٤ أخرجه ابن ماجه ٢/٧٥٠، كتاب الحدود، باب الستر على المؤمن ودفع الحدود بالشبهات، رقم الحديث ٢٥٤٥.

القسم الثالث: جرائم التعزير أو الجرائم التعزيرية:

والتعزير عقوبة يحددها السلطة التشريعية الزمنية للجريمة في حالة غياب نص شرعي على تحديد عقوبتها، وهي ثلاثة أنواع:

النوع الأول: كل جريمة حدية حصلت فيها الشبهة، تتحول إلى جريمة تعزيرية، فلا تُطبق عقوبتها الأصلية المحددة بالنص الشرعي، وإنما تُحدد بالقانون الذي يصدر من قبل السلطة التشريعية الزمنية، كجريمة الزنا إذا لم تثبت بأربعة شهود، كما يقول القرآن أو بإقرار الجاني أمام القاضي أربع مرات، ولكن تثبت ببيّنة أخرى، فيُعاقب كل من الزوجين بعقوبة تعزيرية وتكون من عقوبات الجنحة، أي لا تزيد على ثلاث سنوات.[1]

النوع الثاني: كل جريمة ثبت تجريمها بنص شرعي كالإخلال بالميزان والرشوة والتجسس ونحو ذلك من كل جريمة ثبت تجريمها بالنص الشرعي دون تحديد العقوبة، ففي هذه الحالة تتولى السلطة التشريعية الزمنية تحديد عقوبة لها تتلاءم مع حجمها وخطورتها.

النوع الثالث: كل ما يُضرّ بالمصلحة العامة يحق لولي الأمر بالتعاون مع أهل الشورى اعتباره جريمة وتحديد عقوبة له، كجرائم تهريب الأموال من داخل البلد إلى خارجه أو بعكس ذلك، وكمخالفات نظام المرور.

وجدير بالذكر ان القاضي لا يملك سلطة استحداث الجريمة أو العقوبة طبقا لقاعدة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بالنص).

---

١ كما في قانون العقوبات العراقي النافذ، المواد (٣٨٦-٣٨٨).

-٤٣-

قاعدة

(الحريم له حكم ما هو حريم له)

مصدر هذه القاعدة قول الرسولﷺ ((إِنَّ الْحَلالَ بَيِّنٌ وَإِنَّ الْحَرَامَ بَيِّنٌ وَبَيْنَهُمَا مُشْتَبِهَاتٌ لا يَعْلَمُهُنَّ كَثِيرٌ مِنْ النَّاسِ فَمَنْ اتَّقَى الشُّبُهَاتِ اسْتَبْرَأَ لِدِينِهِ وَعِرْضِهِ وَمَنْ وَقَعَ فِي الشُّبُهَاتِ وَقَعَ فِي الْحَرَامِ كَالرَّاعِي يَرْعَى حَوْلَ الْحِمَى يُوشِكُ أَنْ يَقَعَ فِيهِ)).[١]

الحريم يدخل في الواجب والحرام والمكروه، وكل محرم له حريم يحيط به، والحريم هو المحيط بالحرام، كالفخذين فإنهما حريم للعورة الكبرى، وحريم الواجب ما لا يتم الواجب إلا به.

ويدخل في هذه القاعدة (حريم المعمور فهو مملوك لمالك المعمور) ولا يملك بالإحياء قطعاً.[٢]

---

[١] اخرجه الشيخان (البخاري ومسلم)

[٢] القواعد الفقهية للشيخ عبدالله بن سعيد، ص٥٦

-٤٤-

قاعدة

(الْحَقِيقَةُ تُتْرَكُ بِدَلالَةِ الْعَادَةِ)[1]

هذه القاعدة وردت بتعبيرين (تترك و تدرك)، وكلاهما صحيح.

ومن تطبيقات هذه القاعدة بالتعبيرين:

١- إن المعنى الحقيقي إذا كان غير مستعمل لسبب كونه متعذرا أو مهجورا شرعا أو مهجورا عادة، فلا خلاف في أنه يُسار إلى المعنى المجازي.
وعلى سبيل المثل من حلف أنه لا يأكل من هذه الشجرة، يُسار إلى المعنى المجازي، لأن الأكل من نفس الشجرة متعذر، فيُحمل الأكل من الشجرة على المعنى المجازي وهو ثمرتها، فإذا أكل من ثمرها حنث، وإذا أكل من نفس الشجرة لا يحنث.
وإذا كانت الشجرة من الأشجار غير المثمرة يُحمل الكلام على ثمن الشجرة، فإذا انتفع بثمنها حنث، وإن أكل من نفس الشجرة لا يحنث، حملا للكلام على المعنى المجازي لتعذر المعنى الحقيقي.

٢- إذا حلف شخص بأنه لا يضع قدمه في دار فلان، فإن كلامه يُحمل على المعنى المجازي، فلو دخل راكبا حنث، ولو مد رجله في دار فلان لا يحنث، لأن المعنى الحقيقي من كلامه مهجور بدلالة العادة.

٣- لو قال شخص للمحامي وكلتك على الخصومة مع فلان، يُحمل كلامه على المعنى المجازي وهو توكيل على الجواب في الدعوى لأن المعنى الحقيقي لكلامه (وهو النزاع) مهجور شرعا لعدم جواز المنازعة مع الناس بدون مبرر.

---

١ مجلة الأحكام العدلية، م٤٠
المادة ١٥٦ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

٤- الإقرار المعلق على شرط باطل، لأنه إخبار والإخبار لا يقبل التعليق، لكن إذا عُلق بزمان صالح لحلول الأجل في عرف الناس، يُحمل على الإقرار بالدين المؤجل، وعلى سبيل المثل لو قال شخص لآخر إذا وصلت إلى المحل الفلاني، فإني مدين لك بكذا، يكون إقراره باطلاً، وإذا قال إن أتى الشهر الفلاني، فإني مدين لك بكذا، يُحمل على الإقرار بالدين المؤجل.

٥- الإقرار المعلق على الموت يُحمل على الإشهاد بأن في ذمته دينا حتى لا يُنكره الورثة، فلو قال شخص إذا مِتُّ فإني مدين لفلان بمبلغ كذا، فإنه يُحمل على الإشهاد ويثبت الدين في ذمته، سواء مات أو لا، وذلك للعرف.[1]

١ الأستاذ منير القاضي/ شرح المجلة ١/١٠٤

(حرف الخاء)

-٤٥-

قاعدة
(الخَرَاجُ بِالضَّمَانِ)[1]

الخراج: هو الذي يخرج من ملك الإنسان أي ما ينتج من النتاج وما يغل من الغلات كلبن الحيوان ونتاجه، وبدل إيجار العقار، وغلة الأرض وما إليها من منافع المنقولات والعقارات

والضمان: هو التزام الشخص بالشيء عند هلاكه واعتباره كجزء من ماله، وبناء على ذلك الضمان هو انشغال الذمة بواجب يطلب الوفاء به اذا توافرت شروطه. وقد يطلق على ما يجب أداؤه من مال تعويضا عن مال فقده فكلّ من يضمن شيئا على تقدير تلفه له أن ينتفع به في مقابلة ضمانه عند الهلاك والتلف، فانتفاع المرء من الشيء يكون بمقابلة ضمان ذلك الشيء، فكما أن ضمانه عليه يكون نفعه راجعا إليه.

الأحكام المترتبة على هذه القاعدة:

ويترتب على هذه القاعدة أحكام فقهية فرعية منها:

أ- اذا رد المشتري المبيع بخيار العيب وكان قد استعمله مدة لا تلزمه أجرته لأنه لو كان قد تلف في يده قبل الرد لكان من ماله أي إن خسارته كانت عليه ولم يخسر البائع شيئا من جراء هذا التلف[2].

---

[1] هذه القاعدة مصدرها الحديث الشريف ((أنَّ الْخَرَاجَ بِالضَّمَانِ)) أخرجه أبوداود في سننه ٢/٣٠٦ كتاب البيوع والإجارات، باب ما جاء في من اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً. رقم الحديث ٣٦٠٨. والترمذي ٣/٣٧٦، كتاب البيوع، باب من جاء في من يشترى العبد، رقم الحديث ١٢٨٥. والنسائي ٧/٢٥٤، كتاب البيوع، باب الخراج بالضمان. والإمام أحمد في المسند ١٨/٤٢، رقم الحديث ٢٥٦٢١.

[2] ابن نجيم ،المرجع السابق ١/١٨٢. مجلة الأحكام العدلية، م٨٥.

ب- اذا باع مالا بوصف مرغوب فيه فظهر المبيع خاليا عن ذلك الوصف، يكون المشتري مخيّرا إن شاء فسخ البيع وان شاء أخذه بجميع الثمن المسمى، فاذا اختار الفسخ ورد المبيع للبائع واسترد الثمن، فليس للبائع حق مطالبة المشتري برد خراج المبيع أي منافعه ونتائجه خلال الفترة الممتدة بين قبض المبيع وبين رده، لأنه لو هلك لهلك على المشتري بصفته ضامنا له فيكون له خراج المبيع مقابل هذا الضمان.

-٤٦-

قاعدة

(الخلاف يرتفع إذا حدد محله)[1]

من البدهي أن زهاء ٩٩٪ من الخلافات الفلسفية والمذهبية والطائفية وغيرها، أساسها الاختلاف في مدركها ومنشأها ومصدرها وغايتها ونحو ذلك.

لكن إذا حُدد المدرك أو المصدر أو الأساس أو الغاية، ارتفع الخلاف واتّحد الجميع على رأي واحد وحكم واحد.

ومن تطبيقات هذه القاعدة:

أولا: اختلاف علماء أصول الدين في أن أحكام الله تعالى هل هي معللة بالأغراض أو غير معللة بها، فمنهم من ذهب إلى أنها غير مُعللة بالأغراض، لأن هذا التعليل يدل على أن الله ناقص، يتسم بنقص يُكمله بغرض من تلك الأغراض. ومنهم من قال إنها معللة بالأغراض، لأنها عبارة عن مصالح الناس، والعمل أو الحكم بدون غرض عبث، والله منزه عن العبث. ثم إن الله سبحانه وتعالى حصر وظيفة الرسالة المحمدية في تحقيق المصالح البشرية قائلا ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾[2]. والرحمة في هذه الآية بمعنى المصلحة وهي إما إيجابية كجلب المنفعة (أو المنفعة المستجلبة) أو سلبية وهي درء المضرة (أو المضرّة المستدرأة)، سواء أكانت ماديةً أم معنوية، ودنيوية أم أخروية. وبناءً على ذلك تكون أحكام الله مُعللة بالأغراض بمعنى تحقيق مصالح الإنسان. فهذا الخلاف لفظي لا مبرر لإضاعة العمر والوقت في مناقشتها، لأن هذه الأغراض إذا أريد بها مصالح لله سبحانه وتعالى ذاته، فهو كفر ونسبة نقص إلى الله، أما إذا أريد بها مصالح المجتمع البشري ألتي تُسمى مقاصد الشريعة، فإن القول بخلاف ذلك أيضاً يُعد من الكفر. وقد خصّص علماء أصول الدين في

---

[1] أفلاطون.

[2] الأنبياء : ١٠٧

مؤلفاتهم مساحات واسعة لمناقشة هذا الموضوع، وهي مناقشة عقيمة، المفروض أن يتجنب عنها كل عالم محقق مدقق.

ثانيا: اختلاف علماء أصول الفقه في أن القياس هل هو حجة شرعية أو غير حجة.
فذهب الجمهور إلى أنه حجة، بينما ذهب البعض كالإمامية والظاهرية إلى أن القياس ليس حجةً شرعيةً. وقد خصص كل طرف مؤلفات كثيرة للرد على الطرف الآخر، وعلى سبيل المثل فإن الإمام ابن قيم الجوزية خصص أكثر من (٢٠٠) صحيفة، (من ١٣٠-٣٥٠) في كتابه (أعلام الموقعين)، أي ما يعادل (٢٢٠) صحيفة، لاستعراض آراء الطرفين ومناقشتها وترجيح بعضها على بعض،[1] وهذا أيضاً من باب ضياع العمر والوقت. فالقياس في تعريفه والاستدلال به لا يحتاج إلى أكثر من صحيفة واحدة، لأنه عبارة عن إرجاع الجزئيات إلى الكليات المعقولة المعاني، أي الكليات الشرعية التي يُدرك عقل الإنسان عللها وفلسفتها. وبناء على ذلك القياس إذا أريد به إنه مصدر منشئ لأحكام الله، فيجب على كل مسلم عاقل أن يرفض بقوة هذا الاتجاه، لأن مصدر أحكام الله هو القرآن الكريم وحده، كما قال سبحانه وتعالى: ﴿إِنِ الْحُكْمُ إلاَّ لِلَّهِ﴾[2]. أما إذا قُصد بحجية القياس أنه وسيلة كاشفة لحكم الله عن طريق إرجاع الجزئيات إلى كلياتها المعقولة المعاني، فإن القياس بهذا المعنى من ضروريات الشريعة الإسلامية لتدبير مستلزمات الحياة، لأن النصوص متناهية والحوادث والوقائع التي يواجهها الإنسان في حياته غير متناهية. ومن البدهي أن المتناهي لا يمكن عقلاً أن يحيط بغير المتناهي. وبناء على ذلك وجود القياس في الحياة العملية وشرعيته من حيث أنه وسيلة كاشفة لحكم الله، إنكاره جدل ومناقشة فارغة على كل عالم عاقل أن يتجنب هذه المناقشة، لأنها من باب العبث وضياع العمر والوقت اللذين لا يمكن أن يُعوَّضا بعد ذهابهما.

---

[1] أعلام الموقعين عن رب العالمين، للإمام أبي عبدالله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية. ت-٧٥١هـ. ج١/١٣٠-٣٥٠.

[2] الأنعام : ٥٧

(حرف الدال)

-٤٧-

قاعدة

(الدفع أقوى من الرفع)[١]

دفع الشيء هو الوقوف ضد وقوعه قبل الوقوع بالوسائل الوقائية والتدابير الإحترازية، ورفعه إزالته بعد الوقوع بالوسائل العلاجية المتيسرة.

ومن تطبيقات هذه القاعدة: اختلاف الدين مانع من النكاح يدفعه إبتداءً لكن لا يرفعه في الأثناء فورا، بل يوقف إلى انقضاء العدة.

وعلى سبيل المثل لا يجوز الزواج بين غير مسلم ومسلمة، لأن اختلاف الدين مانع من هذا الزواج، فيدفع صحته، أما لو ارتد احد الزوجين المسلمين بعد الدخول، فلا يرفع الإرتداد الزواج فورا، بل يُنتظر إلى انتهاء العدة، فإذا أصرّ المرتد على ارتداده ولم يرجع إلى الإسلام، تنقطع العلاقة الزوجية بينهما بعد انتهاء العدة. وإذا كانت الزوجة هي المرتدة فلا يبطل الزواج إذا ارتدت إلى الكتابية.

وعلى هذه القاعدة استثناءات منها: الطلاق يرفع النكاح ولكن لا يدفعه لحِل الرجعة.

ومن تطبيقات الرفع والدفع: الرضاع، فإنه يدفع حل النكاح ويرفعه، كما إذا تزوج برضيعة فأرضعتها زوجته الكبيرة، فإنه ينفسخ النكاح.

---

[١] المرجع السابق، ص٦١

-٤٨-

قاعدة
(الدين والشريعة أمران مختلفان)

وقد فرّق القرآن الكريم بينهما، فقال في الدين ﴿شَرَعَ لَكُم مِّنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحاً وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى أَنْ أَقِيمُوا الدِّينَ وَلَا تَتَفَرَّقُوا فِيهِ﴾[1]، وقال في الشريعة ﴿لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجاً﴾[2]. ويترتب على هذا الاختلاف الآثار الآتية:

١- الشريعة تنظم حياة الدنيا (عالم الشهادة). والدين ينظم حياة الآخرة (عالم الغيب).

٢- الدين امتداد للأديان السابقة، فلا يرد عليه النسخ، وإنما يرد عليه التعديل، كما قال تعالى: ﴿شَرَعَ لَكُم مِّنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحاً وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى أَنْ أَقِيمُوا الدِّينَ وَلَا تَتَفَرَّقُوا فِيهِ﴾[3]، بخلاف الشريعة فإنها يرد عليها النسخ، لأن شريعة كل أمة تختلف عن شريعة أمة أخرى، كما قال تعالى: ﴿لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجاً﴾[4]. وقد انتقدني البعض على قولي بأن الدين لا يُنسخ بل امتداد للأديان السابقة، وهو يجهل أن ما قلته ترديد لكلام الله من قوله ﴿شَرَعَ لَكُم مِّنَ الدِّينِ...الخ﴾.

٣- الشريعة تختلف باختلاف الأمم، فلكل أمة شريعة خاصة بها تختلف عن شرائع الأمم الأخرى، بينما الدين واحد في جميع الرسالات الإلهية.

٤- الشريعة فيها مجال لاجتهاد الإنسان كالقانون والفقه، غير أن نصوصها ثابتة، والاختلاف في معانيها وتطبيقاتها، فهي تختلف باختلاف الزمان والمكان. وعلى سبيل المثل (القوة) و(رباط الخيل) في قوله تعالى: ﴿وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ

---

[1] الشورى:١٣
[2] المائدة:٤٨
[3] الشورى:١٣
[4] المائدة:٤٨

رِبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ وَآخَرِينَ مِنْ دُونِهِمْ﴾[1]. حين نزول هذه الآية كانت (القوة) التي يستعملها المسلمون عبارة عن السيف والرمح والدرع، و(رباط الخيل) وهي وسائل نقل المعدات والمؤون العسكرية إلى ساحة المعركة، كانت تنحصر في الحيوانات. ولكن في هذا العصر القوة عبارة عن أنواع الأسلحة المتطورة وفي مقدمتها السلاح النووي، وبالنسبة لوسائل نقل المؤون والمعدات العسكرية تطورت إلى الوسائل الجوية والبحرية والبرية حسب التطور التكنلوجي .

٥- الدين لا مجال لاجتهاد الإنسان فيه لسببين:

أحدهما: للدين طابع موضوعي ثابت لا يختلف باختلاف الزمان والمكان والأشخاص، لأنه عبارة عن الاعتقاد الجازم الثابت المطابق للواقع بذات الله وما يتفرع عنه من الإيمان بسائر المغيبات، لذا لا يكون محلاً للاجتهاد.

والثاني: عقل الإنسان قاصر في المغيبات، فلا يستطيع الإحاطة بأبعادها والاطلاع على ماهياتها حتى يجتهد فيها.

٦- الدين من الأصول، والشريعة من الفروع، ويبنى على هذا الفرق ما يلي:

أ/ إن الدين لا يجوز فيه التقليد والتبعية، كتبعية الأولاد للآباء، بخلاف الشريعة فإنها يجوز فيها تقليد الأبوين وغيرهما وتبعيتهما إذا أسلم أحدهما دون الآخر، وتقليد أهل الفتوى.

ب/ إن الدين مصدر وجوبه العقل السليم عن طريق الاستدلال بالأثر على المؤثر (البرهان اللمي)، ومصدر الالتزام بالشريعة هو الشرع والوحي الإلهي.

ج/ الارتداد يكون عن الدين، كما قال تعالى: ﴿وَمَن يَرْتَدِدْ مِنكُمْ عَن دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُوْلَـئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالآخِرَةِ وَأُوْلَـئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾[2]، ولم يقل ومن يرتدد عن شرعه وإسلامه.[3]

---

[1] الانفال /٦٠

[2] البقرة:٢١٧

[3] يُنظر مؤلفنا (القرآن وقاعدة الولد يتبع خير الأبوين دينا)، ص٩ وما يليها.

(حرف الذال)

-٤٩-

قاعدة

(ذِكْرُ بَعْضِ مَا لَا يَتَجَزَّأُ كَذِكْرِ كُلِّه)[١]

أي: إن الأشياء التي لا يمكن تجزئتها، إذا ذُكر بعضها حُمل على الكل.

ومن تطبيقات هذه القاعدة:

أ- إذا أسقط ولي القصاص بعضه، سقط القصاص كله وحلّت محله الدية.

ب- الشفعة حق مجرد واحد لا تتجزأ، فإذا سلّم الشفيع نصف المشفوع سقطت شفعته عن الكل، لأن الشفعة لا تتجزأ. لأنها لو تجزأت لما حصلت فلسفته التي شُرّعت من أجلها وهي دفع الضرر المتوقع من المشتري (الشريك الجديد).

ج. لو قال أحد في معرض الكفالة بالنفس (أنا كفيل بنصف زيد) كان كفيلا بنفس زيد، لأن النفس واحدة لا تتجزأ، فذكر بعَضها كذكر كلها.

د. لو تزوج أحد إمرأة وذكر لها خمسة دراهم مهراً، لزمه عشرة دراهم[٢]، لأن أقل المهر لا يقبل التجزئة، فذكر بعضه كذكر كله.

---

١ مجلة الأحكام العدلية، م٦٣

٢ وهذا مبني على ما روي عن الرسولﷺ من أنه قال: ((أقل المهر عشرة دراهم)).

- ٥٠ -

قاعدة

(الذمة مجموع ما للإنسان من الحقوق وما عليه من الالتزامات)[١]

هذه القاعدة وردت في المراجع القانونية وأقرّها فقهاء القانون، غير أنها لا تكون صحيحة في ميزان المنطق للأسباب الآتية:

أ- لو ولد انسان فلم يكن له أي حق، ولا عليه أي التزام، لا تكون له الذمة في ضوء هذه القاعدة. مع ان علماء القانون كفقهاء الشريعة اتفقوا على أن الذمة تولد مع ميلاد الإنسان وتموت بموته.

ب- إن هذا التعريف للذمة لا تشمل إلا الذمة المالية، مع أنها عامة تعم المالية وغير المالية. لأن كل ما يجب على الإنسان أن يقوم به تجاه الغير يتعلق بذمته، سواء كانت مالية أو غير مالية.

ج- لو توقف وجود الذمة المالية على ما للإنسان من الحقوق وما عليه من الإلتزامات، للزمت الإستحالة المنطقية، لأن وجود الحقوق والإلتزامات يتوقف أيضاً على وجود الذمة، والإنسان لا يكون له أي حق ولا عليه أي التزام، ما لم تكن له الذمة المالية.

وقد أدرك فقهاء القانون هذه الإستحالة، لذا قالوا إن المراد بالحقوق والالتزامات هو المستقبلية، أي: من شأن الشخص ذي الذمة المالية صلاحية كسب هذه الحقوق والالتزامات في المستقبل، وهذا من قبيل تصحيح الخطأ بالخطأ، لأن في هذا التعريف خلطاً واضحاً بين الذمة المالية وأهلية الوجوب الكاملة.

وبناءً على الإنتقادات المذكورة، يكون تعريف الذمة بالمعنى المذكور في القانون تعريفاً خاطئاً، بل الصواب هو أن (الذمة عبارة عن عنق الإنسان) كما ورد في القرآن الكريم في

---

١ مجلة الأحكام العدلية، م٦٣

قوله تعالى: ﴿وَكُلَّ إنسَانٍ أَلْزَمْنَاهُ طَآئِرَهُ فِي عُنُقِهِ وَنُخْرِجُ لَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ كِتَاباً يَلْقَاهُ مَنشُوراً﴾[1].

ومن الواضح أن الإلزام والالتزام متلازمان لزوماً بيناً بالمعنى الأخص[2].

فوجود أحدهما في الذهن وخارج الذهن يستلزم وجود الآخر والجزم باللزوم بينهما.

والمراد بالطائر في هذه الآية تبعات الأعمال الخيّرة والشريرة في الأصل لكن غلب استعماله في الأعمال الشريرة.

ووجه تسميتها بالطائر هو أنّ عُرف العرب قبل الإسلام كان جارياً على أن من يريد سفراً لغاية معينة، أو يقوم بعمل لمصلحة، ينظر إلى الطير الطائر بإرادته أو بتحريك شخص له، فإذا طار إلى الجهة اليمنى اعتبروا أن السفر أو العمل خير لهم، وإذا طار إلى الجهة اليسرى بالنسبة لمكان الطائر اعتبر السفر أو العمل ليس من صالح الناوي للسفر أو العمل.

وهذا لا يعني أن الإسلام يعترف بتلك الفكرة الجاهلية وإنما استعمال الطائر في هذه الآية لأعمال الإنسان على أساس التعبير العرفي العربي.

والمراد بالعنق في هذه الآية الذمة المالية وغير المالية مما يتعلق بها حق شخصي مالي أو غير مالي.

وسر اختيار هذا الجزء من جسد الإنسان هو أنه بمثابة حلقة وصل بين جهاز التفكير (الدماغ) وجهاز العمل (الأيدي والأرجل).

والمراد بالكتاب المنشور المستمسك على إثبات عمل الإنسان بحيث لا يستطيع إنكار ما قام به في حياته الدنيوية. وأشارت الآية المذكورة إلى أن ذمة الإنسان عنقه، لأنه حلقة وصل بين جهاز التفكير (الدماغ) وأجهزة العمل (الأيدي والأرجل)[3].

---

١ الإسراء : ١٣

٢ اللزوم البين بالمعنى الأخص: هو الذي يكفي للجزم باللزوم فيه تصور أحدهما. أما اللزوم بالمعنى الأعم فهو الذي لا يتم فيه الجزم باللزوم إلا بعد تصور الطرفين كالزوجية للأربعة.

٣ يلزم الالتزامات في ضوء المنطق والفلسفة، ص١٢.

(حرف الراء)

-٥١-

قاعدة

(الرجال والنساء صنفان من نوع الإنسان)

ومن الأخطاء الفاحشة في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية والإستمارات الرسمية وغير الرسمية، اعتبار المذكر والمؤنث من الإنسان، جنسين، مع أن الجنسين تختلفان في الماهية والحقيقة والخواص والأعراض.

ومن البدهي أن الصنف يندرج تحت النوع، والنوع يندرج تحت الجنس. وعلى سبيل المثل: الأرز العنبر صنف يندرج تحت نوع الأرز، والأرز يندرج تحت جنس الحبوب. ولإيضاح هذا الخطأ الفاحش المنتشر في العالم الاسلامي، أتولى تعريف هذه الكليات كما يلي:

الكلي وأقسامه:

الكلي: هو كل لفظ أو مصطلح يُجوّز العقل صدق مفهومه على أكثر من واحد في الذهن سواء وجد له الأفراد خارج الذهن أو لا، فقد يكون المفهوم في الذهن كليا من شأنه أن يندرج تحته عدد من الأفراد، في حين أنه لا يوجد له إلا فرد واحد في الخارج كالكوكب الصالح للحياة، فهو في الذهن لا يستحيل أن يكون هناك عدد من الكواكب فيها الماء والأوكسجين وغيرهما من متطلبات الكائنات الحية، ولكن الآن ينحصر هذا المفهوم في كوكب الأرض.

وعدد أفراد الكلي قد يكون محدودا كمفهوم الدولة، فإنه يصدق على عدد محصور وهو عبارة عن الدول المعترف بها وهي أعضاء في هيئة الأمم المتحدة. كما قد يكون عدد أفراد المفهوم غير محصور بل غير متناه كمفردات مفهوم العلم.

أقسام الكلي:

يرى علماء المنطق أن أقسامه تنحصر في خمسة[1]: الجنس والنوع والفصل والخاصة والعرض العام، ولكن هذا الحصر يتعارض مع اعتبار الأصناف والأفراد قبل الرؤية من الكليات مع أنها لا تدخل في واحد من الأقسام الخمسة المذكورة.

وقد عرف علماء المنطق قديما وحديثا هذه الكليات الخمس بتعريفات غامضة تقليدية نقلها الخلف عن السلف دون أي تطوير سوى الاختلاف في التعابير، إضافة إلى أنها أصبحت بالية لا تتلاءم مع مستجدات العصر الحديث لذا اقترحت لكل واحد منها تعريفا واضحا جامعا مانعا يتفق مع المنطق الحديث مع تبديل تسلسلها الكلاسيكي وإضافة نوع سادس إلى هذه الكليات الخمس.

١. الجنس: هو صفة ذاتية تمثل الجزء العام من ماهية الشيء تشترك فيه ماهيات مختلفة في حقيقتها.
٢. الفصل: وهو صفة ذاتية تمثل الجزء الخاص من ماهية الشيء يميزه من الماهيات المشتركة معه في جزئه العام.
٣. النوع: هو ماهية متكونة من الجنس والفصل.
٤. الصنف: هو ما يندرج تحت النوع ويتفق معه في ماهيته ويتميز من الأصناف الأخرى التي هي تحت هذا النوع ببعض خواصه.
٥. العرض العام: وهو صفة عرضية قائمة بماهية الشيء تشترك فيها ماهيات أخرى.
٦. الخاصة: هي صفة عرضية قائمة بماهية الشيء تميزه من الماهيات المشتركة.

إيضاح هذه المصطلحات:

من البدهي أن لكل موضوع ماهية مركبة من ركنين على الأقل:

أولهما عام تشترك فيه موضوعات أخرى، والثاني خاص يميز الموضوع المطلوب من غيره من الموضوعات التي تشترك معه في ركنه العام، وقد أطلق علماء المنطق على الركن العام المشترك مصطلح (الجنس) وعلى الركن الخاص المميز مصطلح (الفصل).

---

(١) البرهان للكلنبوي: ٤٢، وشرح التهذيب للحسن بن أحمد الجلال: ٤٧، وتحرير القواعد المنطقية في شرح رسالة الشمسية: ٣٩

وعلى الماهية المكونة من الركنين العام والخاص مصطلح (النوع)، وعلى سبيل المثل الجريمة نوع من العمل غير المشروع المعاقب عليه وماهيتها كل محظور معاقب عليه،فلفظ (محظور) جنس يشترك فيه الفعل الجرمي الموجب للعقاب والفعل الضار المسبب للتعويض،وتعبير (معاقب عليه) فصل يميز الجريمة من سائر الأعمال غير المشروعة التي جزاؤها التعويض دون العقاب، والجريمة نوع إضافي (نسبيّ) بالنسبة للعمل غير المشروع، وجنس لكافة أنواع الجرائم كالسرقة والقتل وغيرهما، ولكن نوع تندرج تحته أصناف، فالقتل مثلا نوع من الجريمة وماهيته القانونية (إزهاق روح إنسان كان على قيد الحياة)، وتندرج تحته أصناف القتل منها: القتل العمد العدوان، والقتل البسيط غير المقترن بظرف مشدد أو مخفف، والقتل المقترن بالظرف المشدد، والقتل المقترن بالظرف المخفف، والقتل شبه العمد (الضرب المفضي إلى الموت)، والقتل خطأ، والقتل بحق، وهكذا.

فهذه الأصناف تتفق في ماهية القتل (إزهاق روح الإنسان) ولكنها تختلف فيما بينها في عوارضها الخاصة، لذا تختلف في عقوباتها وتندرج تحت النوع أصناف المفردات المتميزة في صفاتها ومشخصاتها رغم اتفاقها واشتراكها في ماهية واحدة، وهذه المشخصات أعراض عامة من حيث المفهوم وأعراض خاصة من حيث الماصدق، وهذه المشخصات والصفات أطلق عليها علماء المنطق مصطلح (العرض) وهو ينقسم إلى العرض العام والعرض الخاص، وبذلك تكون الكليات التي هي المبادئ التصورية المنطقية ستة أقسام، وترجع إلى هذه الأقسام الستة كافة مصطلحات العلوم في العالم بضمنها المصطلحات القانونية.

القسم الأول: الجنس

وهو الركن العام في كل ماهية تشترك فيه ماهيات مختلفة في أركانها، وينقسم من حيث المراتب إلى أربعة أنواع: الجنس العالي، والمتوسط، والسافل، والمنفرد.

١. الجنس العالي (أو الجنس الأعلى): هو الذي لا يكون فوقه جنس آخر ولكن تندرج تحته الأجناس أو الأنواع كالشيء.
٢. الجنس المتوسط: هو الذي يقع بين جنسين، كالكائن الحي.
٣. الجنس السافل (أو الأسفل): هو الذي يكون فوقه جنس ولكن لا تندرج تحته سوى الأنواع، كالحيوان.
٤. الجنس المنفرد: هو الذي لا يقع تحته ولا فوقه جنس، كالنقطة.

الجنس في المصطلحات القانونية ومراتبه

الحدث القانوني (الخاص للقانون) جنس عال يندرج تحته جنسان: التصرف القانوني والواقعة القانونية. وعرّف علماء القانون التصرف القانوني بأنه: (اتجاه الإرادة لإحداث أثر يعتد به القانون) [1]، ثم قسموه إلى العقد والإرادة المنفردة وحصروه فيهما، واعتبروا ما عداهما من الأقوال والأفعال واقعة، وكل من التعريف والتقسيم القانونيين خطأ في ميزان المنطق، ولغة العرب، وعرفهم للأسباب الآتية:

١. التصرف ليس اتجاه الإرادة، وإنما هو ثمرة ونتيجة لهذا الاتجاه.
٢. التصرف ليس الأثر المباشر لاتجاه الإرادة، لأن كل ما يصدر عن الإنسان بإرادة حرة مدركة يتعلق به إدراكه أولاً ثم إرادته ثم قدرته، فتصرف الإنسان ثمرة قدرته التابعة لإرادته التابعة لإدراكه.
٣. الأثر إذا أريد به آثار التصرف من الحقوق والالتزامات فإنها من إحداث القانون (أو الشرع)، وتصرف الإنسان سبب لها وإن أريد به نفس التصرف فإنه أثر القدرة دون الإرادة.
٤. حصر التصرف في الأقوال وحصر الأقوال في العقد والإرادة المنفردة يتعارض مع لغة العرب وعرفه المتداول في إطلاق التصرف على الأفعال أكثر من إطلاقه على الأقوال، فكل واضع للمصطلحات عليه أن يراعي لغته وعرفه.

التعريف الصحيح للتصرف القانوني: هو كل ما يصدر عن إنسان بالغ عاقل مختار واع يرتب عليه القانون الأثر.

وبناء على هذه الحقيقة فإن التصرف القانوني لا يتحقق إلا بتوافر العناصر الستة التالية، فإذا تخلف واحد منها يكون الحدث واقعة:

١. أن يكون الحدث صادرا من الإنسان، فكل حدث صادر من الحيوان أو الطبيعة واقعة.
٢. أن يكون صادرا من بالغ أو مميز، فكل حدث يصدر عن الصبي غير المميز واقعة.
٣. أن يكون صادرا عن عاقل، فكل ما يصدر عن المجنون واقعة.
٤. أن يكون بإرادة حرة، فكل ما يصدر عن المكره والمضطر واقعة، فلا يتحول إلى التصرف إلا بالإجازة بعد زوال أثر الإكراه والضرورة.

---

(١) المادة (٣٠٥) من مشروع القانون المدني العراقي الجديد.

٥. أن يكون الصدور بإرادة واعية، فكل ما يصدر عن السكران والمغمى عليه والنائم والخاطئ والناسي والهازل واقعة.

٦. أن يكون الصدور بحيث يعتد به القانون ويرتب عليه الأثر، فالأقوال والأفعال التي لا تستهدف تحقيق غاية قريبة أو بعيدة لا يعتد بها القانون.

وينقسم التصرف القانوني إلى المشروع وغير المشروع، لأن القانون كما يرتب على العقد أثرا من الحقوق والالتزامات كذلك يرتب على الفعل الضار أثرا من الحق للمضرور والالتزام بالتعويض على محدث الضرر.

وينقسم كل من التصرف المشروع وغير المشروع إلى القولي والفعلي، وتندرج تحت التصرف القانوني أجناس متوسطة وسافلة كما تندرج تحت الأجناس السافلة أنواع وتندرج تحت الأنواع أصناف وتندرج تحت الأصناف أفراد.

الجنس الإنفرادي (أو المنفرد): وهو الذي لا يوجد جنس آخر معه لا فوقه ولا تحته، كالخطأ القانوني وهو الإخلال بواجب قانوني مع إدراك المخل إياه فهو جنس تحته نوعان: الخطأ الجنائي والخطأ المدني، ويندرج تحت كل منهما أصناف: الخطأ العمد، وخطأ الإهمال، والخطأ الإيجابي، والخطأ السلبي.

القسم الثاني: الفصل

وهو الجزء الخاص في ماهية النوع يميّزه من الأنواع المندرجة معه تحت جنس واحد (سافل). وهو قريب إذا ميّز النوع من كل ما يشترك معه في جنسه القريب، وفصل بعيد إذا ميزه من جنسه البعيد (المتوسط أو العالي).

وعلى سبيل المثل إذا عُرّف العقد بأنه تصرف قولي مشروع مكون من تلاقي إرادتين يرتب عليه القانون الأثر، فلفظة (تصرف) جنس بعيد و(قولي) جنس متوسط و(مشروع) جنس قريب، وقول (مكون من تلاقي إرادتين) فصل بعيد يميزه مما يشترك مع العقد في جنس التصرف وهو التصرف الانفرادي، وقول (يرتب عليه القانون الأثر) فصل قريب يميزه من عقد لا يرتب عليه القانون الأثر المانع.

القسم الثالث: النوع

وهو مكون من الجنس والفصل، وهو نوعان: حقيقي وإضافي.

النوع الحقيقي: هو الذي تندرج تحته الأصناف دون النوع.

والنوع الإضافي: هو الذي يكون جنسا متوسطا أو سافلا في الحقيقة لما يندرج تحته، ويُعد نوعا للجنس الذي فوقه، فالتصرف القولي نوع من مطلق التصرف.

القسم الرابع: الصنف

الأصناف كليات تندرج تحت نوعها وتتفق معه في ماهيته، ولكنها تختلف فيما بينها في صفاتها وأعراضها الذاتية كاللون والطعم والجودة والرداءة ونحو ذلك، وهذا التفاوت يُعتَد به في القيمة لذا لا يحل صنف محل صنف آخر في الوفاء بالإلتزام بحجة وحدة النوع إلا باتفاق رضائي بين كل من الملتزم والملتزم له.

وللتمييز بين الجنس والنوع والصنف أهمية كبيرة في المعاملات المالية، وقد خلط فقهاء الشريعة والقانون بين هذه المصطلحات المنطقية، ففي باب الربا اعتبر فقهاء الشريعة أن الذهب والفضة جنسان، وكذلك الحنطة والشعير مثلا، بينما هذه الكليات وأمثالها من الأنواع، كما أن فقهاء القانون في موضوع المثليات وحلول المثل محل مثله في الوفاء خلطوا بين النوع والصنف، فحكموا بجواز الوفاء بالمثل إذا كانت المثليات من نوع واحد، وهذا ما يرفضه المنطق القانوني، فالوفاء لا يجوز إلا بالصنف ما لم يكن هناك اتفاق رضائي على خلاف ذلك.

ومن الخطأ الشائع في القوانين والمعاملات والاستمارات الرسمية اعتبار الذكر والأنثى من الإنسان جنسين لأنهما صنفان للإنسان يتفقان في الماهية والحقيقة ويختلفان في بعض الصفات.[1]

[1] يَنظر مؤلفنا (المنطق القانوني في التصورات) ص٧٩ ومايليها.

-٥٢-

قاعدة
(الرخص لا تناط بالمعاصي)

أ- فمن سافر لارتكاب جريمة كالقتل والسرقة أو التجسس، فسفره يُعتبر معصية، فليس له رخصة قصر الصلاة وجمعها والإفطار.

ب- ومن سافر إلى بلد للسياحة وارتكب جرائم أخلاقية كالزنا، فليس له حق الرخصة.

-٥٣-

قاعدة

(الرضا بالشيء رضاء بما يتولد منه)[1]

وقريب من هذه القاعدة، قاعدة (المتولد من مأذون فيه، لا أثر له).

ومن تطبيقاتها:

رضاء المشتري بعيب المبيع يسقط حقه في طلب الفسخ، وإن ترتب عليه آثار سلبية في المستقبل.

---

[1] القواعد الفقهية للشيخ عبدالله بن سعيد، ص٦٣.

(حرف الزاء)

-٥٤-

قاعدة

(زواج المكره باطل إذا لم يتم الدخول)[1]

الصواب:

(زواج المكره موقوف أو فاسد)

وهذه القاعدة وردت خطأً في بعض القوانين منها قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ، وأوجه الخطأ هي:

أ- لا يوجد قانون في دول العالم يُقر تحول العقد الباطل إلى الصحيح بالإجازة، لأن ما ورد في هذا القانون من قوله (إذا لم يتم الدخول) هو أنه يتحول البطلان إلى الصحيح بالدخول، على أساس أن الدخول إجازة، وهذا هو المفهوم المخالف للشرط.

ب- قد يكون الدخول أيضا بالإكراه، فكيف يجوز اعتباره إجازة على تقدير صحة المادة.

الصواب أن يقال: (زواج المكره موقوف أو فاسد)، وتصرف المكره يُعتبر صحيحا إذا أجازه بعد زوال آثار الإكراه، والفاسد للإكراه بمثابة الموقوف، تسري عليه أحكامه ويتحول إلى النافذ اعتبارا من إنشاء عقد الزواج.

١ المادة (٩) من قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ النافذ.

-٥٥-

قاعدة

(الزيادة على الأنصبة المفروضة تُرد على الكل)[١]

الرد: هو ضد العول، لأنه عبارة عن النقص في عدد الأسهم والزيادة في مقدارها لصرف الزائد عن الفروض الى من يستحق هذه الزيادة، كل بالنسبة الى فرضه إذا لم يوجد وارث عاصب يستحق الباقي.

والرد من المسائل الميراثية الخلافية، لعدم وجود نص ظاهر يُقرر مصير ما تبقّى من التركة بعد الأسهم المستحقة.[٢]

---

١ أحكام الميراث والوصية للمؤلف.

٢ قال البعض- وعلى رأسهم عثمان بن عفان: ان الزيادة تُرد على الورثة بما فيهم الزوجان، لأنهما مشمولان بالنقص في حال العول، فيجب ان تشملهما الزيادة بمقتضى قاعدة "الغنم بالغرم".

وقال البعض-ومن أبرزهم الفقيه الصحابي المشهور والمعروف بتضلعه في علم الميراث زيد بن ثابت: الزيادة لبيت المال (الخزانة العامة) لأن كل وارث يأخذ استحقاقه المحدد، فلا يستحق نصيبا آخر زائداً على استحقاقه. وبه قال فقهاء المالكية والشافعية إذا كان بيت المال منتظما بأن تُصرف موارده في سبيل المصالح العامة.

وقال البعض-وفي مقدمتهم علي بن أبي طالب: تُرد الزيادة على الورثة-باستثناء الزوجين- كل بالنسبة الى فرضه، لأن الأقارب من ذوي الأرحام لا يرثون الا في حالة عدم وجود وارث من أصحاب الفروض والعصبات، وان بيت المال وارث لمن لا وارث له.

وأفتى بعض المتأخرين من فقهاء الحنفية بالرد على الزوجين إذا مات احدهما عن الآخر ولم يوجد له وارث.

قال ابن عابدين (رد المحتار على الدر المختار وشرح تنوير الأبصار ٧٨٨/٦): "قال في القضية: ويفتى بالرد على الزوجين في زماننا لفساد بيت المال".

وفي الزيلعي عن النهاية: "ما فضُل عن فرض أحد الزوجين يُرد عليه. وكذا البنت والإبن من الرضاع. وقال في المستصفى: والفتوى اليوم بالرد على الزوجين.

وقال المحقق احمد بن يحيى بن سعد التفتازاني: "أفتى كثير من مشايخنا بالرد عليهما إذا لم يكن من الأقارب سواهما".

وفي المستصفى: "والفتوى اليوم بالرد على الزوجين عند عدم المستحق".

ويبدو مما ذكرنا ان الخلاف قائم بالنسبة الى بيت المال (الخزانة العامة) وأحد الزوجين: "ايهما أحق

وقد استقر رأي جمهور فقهاء الشريعة: على ان الزيادة تُرد على أصحاب الفروض إذا لم يوجد عاصب-كل بالنسبة الى فرضه، باستثناء الزوجين فهما لا يستحقان شيئا سوى ما حُدد لهما من النصف أو الربع أو الثمن.

ولكن روح الشريعة الإسلامية والعدالة تدعوان الى الأخذ برأي سيدنا عثمان بن عفان وهو: الرد على أصحاب الفروض بضمنهم الزوجان، لأن كلا منهما يُساهم في تكوين التركة، فليس من العدل والإنصاف حرمان الشخص من مال ساهم فيه فعليا بصورة مباشرة أو غير مباشرة، ولأن المسألة الميراثية لو عالت لدخل النقص على الكل وإذا فضل شيء يجب ان تكون الزيادة للكل، لأن الغنم بالغرم[1].

شروط الرد:

يُشترط للأخذ بالرد الشروط الآتية:

١- وجود وارث صاحب فرض.

٢- بقاء فائض من التركة بعد نصيب اصحاب الفروض.

٣- عدم وجود الوارث العاصب وإلا فيأخذ الباقي.

اصول تطبيق الرد:

اصول تطبيق الرد تختلف بوجود وعدم وجود احد الزوجين.

اصول تطبيق الرد في حالة عدم وجود احد الزوجين:

١- إذا كان الوارث واحدا فإنه يستحق كل التركة فرضا ورداً.

بالباقي؟ فهؤلاء يرون تقديم احد الزوجين على الدولة التي هي وارثة لمن لا وارث له".

وأخذ بهذا الإتجاه المشرع المصري في المادة (٣٠) من قانون الميراث التي نصها: "إذا لم تستغرق الفروض التركة ولم توجد عصبة من النسب، رُد الباقي على غير الزوجين من اصحاب الفروض بنسبة فروضهم. ويُرد باقي التركة الى أحد الزوجين إذا لم يوجد عصبة من النسب أو أحد من أصحاب الفروض النسبية أو أحد من ذوي الأرحام".

[1] وقال فقهاء الجعفرية (ايضاح الفوائد ٢٣٧/٤): "للزوج مع الولد ذكرا كان أو انثى أو ولد الولد وإن نزل كذلك الربع، ومع عدمهم أجمع النصف مع الجميع الورّاث والباقي للقريب إن وجد، فإن فقد فلولي النعمة، فإن فقد فلضامن الجريرة، فإن فقد قيل يُرد عليه وقيل يكون للإمام سواء دخل أو لا، وللزوجة مع الولد أو ولد الولد وإن نزل الثمن، ومع عدمه الربع مع جميع الورّاث، والباقي لمن كان من ذوي النسب، فإن فقدوا أجمع فلولي النعمة، فإن فقد فللضامن، فإن فقد قيل يُرد عليها وقيل للإمام، وقيل يُرد حال الغيبة سواء دخل أو لا".

٢- وإذا كان أكثر من واحد وكان الجميع من صنف واحد، يرثون التركة كلها فرضا ورداً بالسوية.

الورثة: (٥) بنات

الفروض: (٢/٣) فرضا + ق رداً

الورثة: (٦) اخوة من الأم

الفروض: (١/٣) فرضا+ ق رداً

الورثة: (٢) جدة (أم الأم، وأم الأب) [1]

الفروض: (١/٦) فرضا + ق رداً

٣- وإن كانوا أكثر من صنف واحد، تُرد الزيادة على الجميع كل بالنسبة الى فرضه، فإن كان استحقاقه النصف فله نصف الباقي، وان كان الثلث فله ثلث الباقي، وإن كان السدس فله سدس الباقي وهكذا.

وفي الصورة الثانية: يعتبر مجموع الأسهم المستحقة أصلاً للمسألة، أي يُحول بسط الكسور الفرضية الى أصل المسألة بدلاً من مقامها.

الورثة: أم أخت ش

الفروض: ١/٣ ١/٢

الأسهم المستحقة (١/٣+ ١/٢)= (٢/٦+ ٣/٦)= (٥/٦)

المسألة (٦) ردت الى (٥) للأم سهمان وللأخت ثلاثة أسهم.

الورثة: أم بنت الأبن

الفروض: ١/٦ ١/٢

الأسهم المستحقة: (١/٦+ ١/٢)= (١/٦+ ٣/٦)= ٤/٦

المسألة (٦) ردت الى (٤) للأم سهم واحد ولبنت الإبن ثلاثة أسهم.

الورثة: أخت ش أخت من الأم

الفروض: ١/٢ ١/٦

الأسهم المستحقة: (١/٢+ ١/٦)= (٣/٦+١/٦)= (٤/٦)

المسألة (٦) ردت الى (٤) للأخت من الأم سهم واحد، وللأخت ش. ثلاثة أسهم.

---

[1] عند الجعفرية للأمية ١/٣ التركة والباقي للأبوية.

أصول تطبيق الرد في حالة وجود أحد الزوجين:

أولا- يُعطى من لا يُرد عليه فرضه من مقامه، فما يبقى يكون لمن يُرد عليه فرضا ورداً إذا كان واحدا.

الورثة:	زوجة	أخت ش
الفروض:	١/٤	ق فرضا ورداً
الأسهم:	١	٣

الورثة:	زوج	أم
الفروض:	١/٢	ق فرضا وردا
الأسهم:	١	١

ثانيا- إن كان من يُرد عليه أكثر من واحد وكان الجميع من صنف واحد:

أ- فإن قبل الباقي على من يُرد عليه فذاك ظاهر:

الورثة:	زوج	(٣) بنات
الفروض:	١/٤	ق
الأسهم:	١	٣

ب- وإن لم يقبل الباقي القسمة عليهم:

١- فإن كان بين الباقي وعدد الصنف توافق ضرب وفق عددهم في مقام فرض من لا يُرد عليه.

الورثة:	زوج	(٦) بنات	عدد البنات (٦) مع الباقي (٣)
الفروض:	١/٤	ق	متوافقان بالثلث يضرب ثلث عددهن
قبل التصحيح	١	٣	في مقام فرض الزوج (٢×٤)=(٨)
بعد التصحيح:	٢	٦	

٢- وإن كان بينهما تباين ضُرب تمام عدد الصنف في مقام فرض من لا يرد عليه.

الورثة:	زوجة	(٥) بنات	عدد البنات(٥) مع الباقي(٧)
الفروض:	١/٨	ق	متباينان(فرديان) يضرب عددهن
قبل التصحيح	١	٧	في مقام فرض الزوجة (٥×٨)=(٤٠)
بعد التصحيح:	٥	٣٥	لكل واحدة (٧)

ثالثا: إذا كان من يرد عليه أكثر من صنف واحد يؤخذ بالضوابط الآتية:

١- تُفترض مسألة مأخوذة من مقام نصيب من لا يرد عليه (أحد الزوجين).

٢- يُعتبر الباقي بعد اخراج نصيب من لا يرد عليه تركة مستقلة، كما يُعتبر من يرد عليهم ورثة مستقلين عمن لا يُرد عليه.

٣- تُفترض مسألة ثانية وهي المضاعف المشترك لمقام فروض من يُرد عليهم.

٣- تُوحد المسألتان المفترضتان بضرب الثانية (بعد الرد) في الأولى وحاصل الضرب يكون المسألة الجامعة تُعد أساساً لتوزيع التركة على الكل.

لمعرفة نصيب كل وارث من المسألة الجامعة تطبق القاعدتان الآتيتان:

أ- من لا يرد عليه يأخذ نصيبه من المسألة الأولى مضروبا فيما ضُرب فيها.

ب- من يرد عليه يأخذ نصيبه من المسألة الثانية مضروبا في الباقي من نصيب من لا يُرد عليه في المسألة الأولى.

وقد استنتجت هذه الضوابط والقواعد من التطبيقات الفقهية.

التطبيقات:

الورثة: زوجة أم بنت الأبن

الفروض: ١/٨ ١/٦ ١/٢

المسألة الأولى (٨) مقام نصيب الزوجة.

٨-١= ٧ الباقي بعد نصيب الزوجة.

المسألة الثانية (٦) المضاعف المشترك أم بنت الإبن

يبقى سهمان يرد عليهما بنفس النسبة[1] ١/٦ ١/٢

للأم ربعهما ولبنت الإبن ثلاثة أرباع، فترد من (٦) الى (٤)

المسألة الجامعة (٤×٨)= (٣٢)

نصيب الزوجة من الجامعة (١×٤)= (٤)

نصيب الأم من الجامعة (١×٧)= (٧)

نصيب بنت الإبن من الجامعة (٣×٧)= (٢١)

المجموع: = ٣٢

---

[1] نسبة نصيب الأم من الأسهم المستحقة ١/٤ ونسبة بنت الإبن ٣/٤، لأن الأسهم المستحقةأربعة للأم سهم واحد ولبنت الإبن ثلاثة أسهم.

الورثة: زوجة أخت ش الأخت لأب

الفروض: ١/٤ ١/٢ ١/٦

المسألة الأولى (٤)

٤-١= ٣ الباقي بعد نصيب الزوجة الأخت ش الأخت لأب

١/٢ ١/٦

المسألة الثانية (٦)

يبقى سهمان يرد عليهما بنفس النسبة للأخت ش. ثلاثة أرباع وللأخ لأب ربعهما، فترد من (٦) الى (٤).

المسألة الجامعة (٤×٤)= ١٦

نصيب الزوجة (١×٤)= ٤

نصيب الأخت ش (٣×٣)= ٩

نصيب الأخت لأب (١×٣)= ٣

المجموع: = ١٦

الورثة: الزوج بنت بنت الإبن

١/٤ ١/٢ ١/٦

المسألة الأولى (٤) ٤-١= ٣ الباقي بعد نصيب الزوج

المسألة الثانية (٦) بنت بنت الإبن

١/٣ ١/٦

يبقى سهمان يردان عليهما بنفس النسبة للبنت ٣/٤ ولبنت الإبن ١/٤ فترد المسألى من (٦) الى (٤).

المسألة الجامعة (٤×٤)= ١٦

للزوجة ١×٤ =٤

للبنت ٣×٣ = ٩

لبنت الإبن ١×٣ = ٣

المجموع = ١٦

الورثة: الزوجة جدة أخ من الأم

١/٢ ١/٦ ١/٦

المسألة الأولى (٢)　　　٢-١= ١ الباقي بعد نصيب الزوج

المسألة الثانية (٦)　　　جدة　أخ لأم

١/٦　١/٦

يبقى أربعة أسهم يرد عليهما بنفس النسبة فترد من (٦) الى (٢).

المسألة الجامعة	(٢×٢) = ٤
للزوج	(١×٢) = ٢
للجدة	(١×١) = ١
للأخ من الأم	(١×١) = ١
المجموع	= ٤

الرد في الفقه الجعفري:

أ- يتفق هذا الفقه مع اتجاه الجمهور فيما يتعلق بالرد في أمور منها:

١- شروط الرد.

٢- حرمان الزوجين من الزيادة بعد أخذ كل صاحب فرض فرضه والقول بعدم جواز اشتراكهما مع سائر أصحاب الفروض في رد هذه الزيادة بنسب فروضهم.

ب- ويختلف الفقهان (الجعفري والسني) في أمور منها:

١- ان نطاق الرد في الفقه الجعفري أوسع بكثير من نطاقه في الفقه السني لأسباب كثيرة، منها الأخذ بنظام المراتب والقول بأن كل من ينتمي الى المرتبة الأولى ذكرا كان أو أنثى، واحداً أو أكثر، يحجب كل من يكون في المرتبة الثانية والثالثة، فيأخذ التركة كلها فرضا ورداً، إذا لم يكن معه وارث آخر في نفس المرتبة غير محجوب، وكذلك يُعامل من ينتمي الى المرتبة الثانية بالنسبة لكل من يكون في المرتبة الثالثة.

وعلى سبيل المثل: من مات عن أم أو ابن بنت أو بنت بنت، لا يرث معها أحد من الأجداد والجدات والإخوة والأخوات والأعمام وغيرهم.

وهذا الاتجاه يتعارض في رأينا مع مقاصد انتقال التركة الى الورثة منها تفتيت ثروة المتوفى وتوزيعها على اكبر عدد ممكن للقضاء على النظام الطبقي الذي يرفضه الاسلام.

٢- لا يشمل الرد الأم إذا اجتمع معها عدد من الاخوة والاخوات رغم كونهم محجوبين من الميراث، فاذا مات شخص عن أم وأب وبنت وعدد من الاخوة والاخوات لأبوين أو لأب،[١] فالرد يكون على البنت والأب ولا يشمل الأم لتحديد نصيبها بالسدس في هذه الحالة، كما جاء في قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ﴾[٢] حيث حدد القران الكريم نصيبها بالسدس في حالة اجتماع الاخوة والاخوات معها ولا تستحق الزيادة بالرد.

ومن مات عن أب وام وبنت ابن، تُردّ الزيادة على بنت الابن فقط، على اساس انها تحل محله، فكأن الأبوين اجتمعا مع الابن نفسه.

٣- إذا اجتمعت الأخت لأب مع الأخت الشقيقة الميراث كله للشقيقة فرضا وردا، على اساس انها من الدرجة الأولى في المرتبة الثانية، والأخت لأب من الدرجة الثانية في نفس المرتبة.

٤- لا يقتصر الاجحاف بحق الزوجة في حرمانها من الرد، بل ذهب هذا الفقه الى أكثر من ذلك، فحرّمها من العقار، إذا توفي زوجها وهي لم تنجب ولدا منه،[٣] وعللوا هذا الحرمان الذي قد يشمل الزوج ايضا[٤] بالخوف من ادخال المرأة على الورثة من يكرهونه.

وهذه التفرقة بين ذات الولد وغيرها مخالفة لعموم نصوص القرآن واطلاقها، منها قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ

---

[١] لأن الإخوة والأخوات لأم ليس لهم تأثير على نصيب الأم فلا يحولون نصيبها من الثلث الى السدس.

[٢] سورة النساء/ ١١.

[٣] الروضة واللمعة للعاملي ٣٢٦/٢: (وتُمنع الزوجة غير ذات الولد من الأرض مطلقا -سواء كانت مشغولة بالبناء أو لا- عينا وقيمة، وتُمنع من آلات البناء من الأخشاب والأبواب (والأبنية) ومن الأحجار والطوب وغيرها عينا لا قيمة، فيُقوم البناء في ارض المتوفى اليه عن الأرض الباقية فيها الى ان تفنى بغير عوض على الأظهر وتُعطى من القيمة الربع أو الثمن).

وفي ايضاح الفوائد ٢١٦/٤: (ولو اجتمع الإخوة المتفرقون فللمتقرب بالأم السدس إن كان واحدا والثلثان إن كان أكثر بالسوية، والباقي للإخوة من الأبوين، للذكر ضعف الأنثى وسقط المتقرب بالأب).

[٤] في المرجع السابق: "واعلم ان النصوص خالية عن الفرق بين الزوجين بل يدل على اشتراكهما في الحرمان".

فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾[1].

فهذه النصوص وردت عامة ومطلقة فلم تفرق بين ذات الولد وغيرها في الميراث، ولم يثبت دليل شرعي من القرآن والسنة النبوية على تخصيصها أو تقييدها والتمييز بين ذات الولد وغيرها.

وهناك صور كثيرة لتطبيقات الرد في فقه الامامية فمن يطلب المزيد فعليه مراجعة المراجع المعتمدة في هذا الفقه[2].

أدلة عدم مشروعية التفرقة بين الزوجين وسائر اصحاب الفروض:

ما ذكرناه من القواعد والتطبيقات بالنسبة لعدم استحقاق الزوجين للزيادة بالرد كان مبنياً على اراء واجتهادات كثير من الفقهاء، ولكن في الواقع والحقيقة ان هذه التفرقة في الرد للزيادة على الورثة بين الزوجين وغيرهما من اصحاب الفروض غير مشروعة للادلة الآتية:

١- عموم واطلاق نصوص القران الكريم والسنة النبوية التي تنص على سببية كل من الزوجية والقرابة للميراث بصورة عامة ومطلقة، دون الاشارة الى التمييز بين هذين السببين لا من حيث القوة ولا من حيث الاثار، ومن القواعد المتفق عليها في علم الاصول انه لا يجوز تخصيص النص العام ولا تقييد المطلق بالاجتهاد، ما لم يستند هذا الاجتهاد الى نص صريح ثابت أو مصلحة عامة أو ضرورة، ولم يثبت لحد الان واحد من هذه الامور الثلاثة.

٢- القاعدة الشرعية الثابتة على لسان رسول الله ﷺ (الغنم بالغرم) التي اجمع فقهاء الاسلام على العمل بمقتضاها، تتطلب عدم التمييز بين الورثة الا فيما نص عليه القران الكريم أو السنة النبوية أو الاجماع، ولم يثبت كل من ذلك فيما يتعلق

---

[1] سورة النساء/ ١٢.

[2] منها: ايضاح الفوائد في شرح القواعد للحلي ٢١٢/٤ وما بعدها، كتاب الخلاف في الفقه لشيخ الطائفة محمد بن الحسن الطوسى ٥٠/٢ وما بعدها، الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للعاملي ٢٩٥/٢ وما بعدها.

بالتمييز بين الزوجين وغيرهما في الرد، فمادام الزوجان مشمولين بالنقص في العول ويتحملان الغرم فيه، فيجب ان يكونا مشمولين بالزيادة في الرد.

٣- ان التركة التي توزّع على الورثة إنما هي ثمرة جهود كل من الزوجين وهما كوّناها دون بقية الورثة، فهما كانا شريكين في الحياة في السراء والضراء، وهما تعاونا فيما بينهما في تكوين ثروة أصبحت تركة للمتوفى أو المتوفاة، فبأي وجه يفضل غيرهما عليهما فيما هو من ثمرة جهودهما؟!

٤- إنّ أقوى صلة بين انسان وآخر في الحياة العملية هي صلة الزواج في الحياة الزوجية، فهي اقوى بكثير من صلة القرابة، فكيف تُقطع هذه الصلة بعد الممات بدون وجود نص شرعي من القران أو السنة يدل على ذلك .

٥- ان العون الذي يُقدمه احد الزوجين للاخر في مرض موته وفي تحمل اعباء معاناة الامراض المزمنة، التي أُصيب بها المتوفى أو المتوفاة قبل الوفاة، لا يقدمها اي قريب اخر مهما كانت درجة قرابته قوية.

ان هذه الادلة وغيرها من الادلة النقلية والعقلية لبرهان قاطع على خطأ اجتهاد من قال بحرمان الزوجين من الرد.

ولهذا بل ولأكثر من هذا أدعو المشرّعين في البلاد الإسلامية الأخذ برأي من قال بعدم التفرقة بين الزوجين وسائر أصحاب الفروض في الاستحقاق للزيادة بالرد، وفي مقدمة هؤلاء الخليفة الثالث من الخلفاء الراشدين عثمان بن عفان ﷺ.[1]

---

[1] ينظر مؤلفنا أحكام الميراث والوصية وحق الإنتقال.

(حرف السين)

-٥٦-

قاعدة

(السّاقِطُ لَا يَعُودُ . كما أن المعدوم لا يعود)[1]

أي: إن الحقوق التي تقبل الإسقاط، إذا سقطت فإنها لا تعود بعد سقوطها.
ومن تطبيقاتها:

١- إذا أسقط البائع حق حبس المبيع بالثمن، فليس له أن يحبسه بعد ذلك إلى أن يستوفي الثمن.

٢- إذا أجاز الوارث وصية مورّثه بأكثر من الثلث بعد موت المورّث، فليس له الرجوع عن هذه الإجازة.

٣- الأجير المشترك له حق حبس المال المنقول الذي قام بالعمل فيه إلى أن يستوفي ثمنه كالخياط ومصلح أثاث بيتي أو جهاز، فإذا سلمه حقيقة أو حكما لصاحبه يسقط حقه بعد ذلك في الحبس لأنه سقط بالتسليم.

٤- لو أبرأ الدائن مدينه سقط حقه في التراجع على الرأي القائل بتكييف الإبراء بالإسقاط.

٥- الموصي له إذا رد الوصية سقط حقه في المطالبة بالموصى به.

---

١ مجلة الأحكام العدلية، م٥١

(حرف الشين)

-٥٧-

قاعدة

(شرع من قبلنا شرع لنا)

الصواب:

(دين من قبلنا دين لنا، وشرع من قبلنا ليس شرعاً لنا)

يُعد هذا الأصل من الأصول المختلف فيها[1] واحتل حيزا كبيرا في مراجع أصول الفقه، والآراء التي قيلت فيه من حيث الاعتبار وعدمه كثيرة، أهمها ما يلي:

الرأي الأول: شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يثبت نسخه.

واستدل أنصار هذا الرأي بالآتي:

أ- أن ما كان شريعة لنبي سابق بات مؤبداً في ما يحتمل التأبيد، فيجب العمل به في كل زمان ومكان باعتباره شريعة لذلك النبي، ما لم يظهر له ناسخ في الشرع الجديد، لأن الأحكام الإلهية للأمم السابقة وردت مطلقة من التوقيت وتحديد الزمن، وصفة الإطلاق في الشيء تقتضي تأبيده في ما يحتمل التأبيد، والتوقيت

---

١ في هذا الموضوع يراجع المراجع الآتية:

أصول السرخسي ٩٩/٢ وما بعدها، للفقيه الحنفي الأصولي السرخسي (ابي بكر بن محمد).

شرح الكوكب المنير للفقيه الأصولي الفتوحي (أحمد بن عبدالعزيز) ص٨٤ وما بعدها.

مختصر المنتهي للعالم الأصولي المالكي ابن الحاجب وشرحه للقاضي عضد ٣٨٢/٢ وما بعدها.

ارشاد الفحول للعالم الأصولي الزيدي الشوكاني (محمد علي بن محمد) ص٢٤٠ وما بعدها.

الأحكام للآمدي ص١٨٨/٣ وما بعدها.

فتح الغفار شرح المنار المعروف بمشكاة الأنوار، ١٣٩/٢ لأبن نُجيم زين الدين بن ابراهيم.

منهاج البيضاوي ٣٥٢/٢

روضة الناظر ص٨٢

المسودة لأبي البركات ١٩٣ وما يليها.

يكون زيادة فيه لا يجوز إتباعه إلاّ بدليل، فما لم يثبت إلغاؤه بدليل في الشرع اللاحق، يبقى ملزما للكل.

ب- إن رسول الشريعة السابقة لا يُجرد عن صفة الرسالة ببعث الرسول الذي يأتي بعده، وكذلك شريعته لا تفقد الالتزام بالشريعة اللاحقة، ما لم يقم دليل على خلاف ذلك.

ج- إن القرآن اعتبر الإيمان بكافة الأنبياء والرسل وبكتبهم المقدسة جزءاً من متطلبات إيمان المؤمن في الرسالة المحمدية، كما في قوله تعالى: ﴿آمَنَ الرَّسُولُ بِمَا أُنزِلَ إِلَيْهِ مِن رَّبِّهِ وَالْمُؤْمِنُونَ كُلٌّ آمَنَ بِاللَّهِ وَمَلاَئِكَتِهِ وَكُتُبِهِ وَرُسُلِهِ لاَ نُفَرِّقُ بَيْنَ أَحَدٍ مِّن رُّسُلِهِ وَقَالُواْ سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا غُفْرَانَكَ رَبَّنَا وَإِلَيْكَ الْمَصِيرُ﴾[1]. وهذا النص القرآني يدل بوضوح على استمرارية الإلزام والالتزام بالنسبة لأحكام الشرائع السابقة ما لم يثبت نسخها.

الرأي الثاني: شرع كل نبي سابق يُنسخ بشرع من يأتي بعده، ما لم يقم دليل على بقائه.

وما ورد في القرآن والسنة النبوية أو نقله أهل الكتاب أو رواه المسلمون من الكتب المقدسة السابقة يلزمنا العمل به على أساس أنه جزء من شريعتنا.

واستدل أنصار هذا الرأي بأدلة منها:

١- مجيء الرسالة الجديدة دليل على أن الرسالة السابقة كانت مؤقتة حُدد انتهاؤها ببعث الرسول اللاحق.

٢- توافر أدلة كثيرة من الآيات القرآنية على أن لكل رسول شريعة خاصة به، وبمن بُعث إليهم، وأن لكل أمة منهاجا تنفرد به هي دون غيرها، ومن تلك الآيات قوله تعالى: ﴿لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا﴾[2].

٣- ظاهر الآيات القرآنية يدل على التزامنا بشريعة محمدﷺ دون غيرها، كما قال تعالى: ﴿وَمَن يَبْتَغِ غَيْرَ الإِسْلاَمِ دِينًا فَلَن يُقْبَلَ مِنْهُ وَهُوَ فِي الآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ﴾[3].

---

١ سورة البقرة/ ٢٨٥

٢ سورة المائدة/ ٤٨

٣ سورة ال عمران/ ٨٥

الرأي الثالث: ما ورد في القرآن والسنة ونقله إلينا أهل الكتاب أو رواه المسلمون من الكتب المقدسة السابقة، من أن شرع من قبلنا شرع لنا، نلتزم بالعمل بمقتضاه ما لم يثبت نسخه، باعتباره جزءً من شريعتنا الإسلامية، لا لكونه من الشرائع السابقة.

الرأي الرابع: ما أقره القرآن والسنة من أن شرع من قبلنا يكون شرعاً لنا، ونلتزم بالعمل به باعتباره من شريعتنا، أما ما نقله أهل الكتاب إلينا أو رواه المسلمون من الكتب السابقة، فلا يُعتد به لثبوت تحريف الكتب السابقة، واحتمال كون المنقول من جملة ما حرّفوه.[1]

وبعد تتبع أكثر المراجع الأصولية المعتمدة، لم أجد رأيا راجحا مقنعا، ومنشأ ذلك هو أن القاعدة في أساسها أُستحدثت وانتشرت ونُقلت من السلف إلى الخلف خطأً، فالقاعدة في صياغتها وتعبيرها خطأ شائع، لذا يجب أن تُعدل بالقاعدة الآتية:

(دين من قبلنا دين لنا، وشرع من قبلنا ليس شرعاً لنا).

فبالنسبة للشق الأول من هذه القاعدة، هناك نص قرآني على أن الدين واحد لجميع الأمم السابقة والرسالات الإلهية، بما فيه الرسالة المحمدية، وذلك هو قوله تعالى: ﴿شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى أَنْ أَقِيمُوا الدِّينَ وَلاَ تَتَفَرَّقُوا فِيهِ﴾[2].

والمراد بقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَبْتَغِ غَيْرَ الإِسْلاَمِ دِينًا فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ وَهُوَ فِي الآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ﴾[3] هو الدين بمفهومه العام، لا الدين المراد به الإسلام بمعناه الخاص وهو الرسالة المحمدية.

أما بالنسبة للشق الثاني من القاعدة المعدلة، فقد ورد أيضا في القرآن ما يدل على أن في كل أمة ذات رسالة إلهية، شريعة خاصة بها تنظم حياتها الدنيوية، وقد أكد القرآن الكريم ذلك في آيات منها قوله تعالى: ﴿لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا﴾[4].

---

١ لمزيد من التفصيل يراجع مؤلفنا (أصول الفقه في نسيجه الجديد) ١٣٨/١ وما يليها.

٢ سورة الشورى/ ١٣

٣ سورة ال عمران/ ٨٥

٤ سورة المائدة/ ٤٨

وقوله تعالى: ﴿وَآتَيْنَا مُوسَى الْكِتَابَ وَجَعَلْنَاهُ هُدًى لِبَنِي إِسْرَائِيلَ أَلاَّ تَتَّخِذُوا مِنْ دُونِي وَكِيلاً﴾[1]. وقوله تعالى: ﴿مَنْ يُطِعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ اللَّهَ وَمَنْ تَوَلَّى فَمَا أَرْسَلْنَاكَ عَلَيْهِمْ حَفِيظًا﴾[2]. وقوله تعالى: ﴿إِنَّ الدِّينَ عِنْدَ اللَّهِ الإِسْلاَمُ﴾[3].

وجدير بالذكر أن الشريعة الإسلامية مُعدِلةٌ للشرائع الإلهية السابقة، فهي تتضمن أمهات الأحكام في تلك الشرائع التي لا تختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة والأشخاص، كحُسن العدل وقُبح الظلم وتحريم جريمة القتل وإيجاب التعاون على البرّ والتقوى من قبل الأسرة البشرية، إضافة إلى أنها جاءت بأحكام جديدة أضافها إلى تلك الأحكام في الشرائع السابقة، وذلك حسب تطور الحياة البشرية ومستلزماتها ونضج العقل البشري.

---

١ سورة الإسراء/ ٢

٢ سورة النساء/ ٨٠

٣ سورة ال عمران/ ١٩

-٥٨-

قاعدة

(الشرط بخلاف مقتضى العقد باطل ومبطل)[1]

والشرط ما يلزم من عدمه عدم الحكم، ولا يلزم من وجوده وجود الحكم.

وعلى سبيل المثل حضور الشاهدين في الزواج شرط لصحته، ولكن لا يلزم من حضورهما إتمام الزواج.

والشرط بحسب طبيعته ومصدره إما شرط شرعي، كما في المثال المذكور، أو شرط عقلي، كشرط الحياة للعلم، أو شرط عادي، كالسلّم للصعود إلى مكان مرتفع.

والشرط بالإضافة إلى الأقسام المذكورة، يُقسم إلى شرط قانوني (أو شرعي) وهو ما اشترطه القانون أو الشرع لحكم من الأحكام، أو شرط جعلي وهو الشرط المقترن بالعقد بجعل الجاعلين (العاقدين).

أنواع الشرط الجعلي:

ينقسم الشرط الجعلي من حيث تأثيره في العقد إلى عدة أنواع، منها:

أ. شرط يقتضيه العقد ويكون من موجباته، فهو صحيح بلا خلاف، كشرط نفقة الزوجة لعقد الزواج، وشرط خيار العيب في عقد البيع، أي إذا وجد في المبيع عيب يحقّ للمشتري فسخ العقد أو إختياره، ما لم يطرأ عيب جديد فيه بعد القبض.

ب. شرط مخالف لمقتضى العقد، وهو باطل ومبطل بإتفاق آراء الفقهاء، كالزواج بشرط عدم معاشرة الزوج لزوجته بعد انعقاد العقد الصحيح، وشرط عدم تصرف البائع في المبيع بعد انعقاد العقد وقبض محله.

---

١ المبسوط ٨٥/١٠

ج. شرط لا يقتضيه العقد ولكنه من مصلحته، فهو صحيح، كشرط الرهن أو الكفيل بالثمن والإشهاد، وهذا هو من مصلحة البائع وقد يكون من مصلحة المشتري كشرط كون البقرة حلوباً.

د. شرط لا يقتضيه العقد ولا من مصلحته ولا يتعلق به غرض أحد العاقدين، كشرط البائع في بيع السيارة على أن لا يستعملها إلا في الطريق المبلطة. وهذا الشرط باطل ولكنه غير مبطل.[1]

---

١ يُنظر في هذا الموضوع المراجع الآتية:
الأشباه لابن السبكي ١/٢٧٠.
المبسوط ٢/٢٨.
إيضاح المسالك للقاعدة ص٧٦.
موسوعة القواعد الفقهية للدكتور محمد صدقي، ٦/٩٠ ومايليها.

-٥٩-

قاعدة

(الشركاء في مال مشاع شركاء في مستلزماته ونتائجه)

الأموال المشاعة هي التي تكون مشتركة بين شخصين فأكثر قبل تحديد نصيب كل واحد من الشركاء، كالورثة، فإن التركة ملك مشاع بينهم قبل تقسيمها وتحديد نصيب كل وارث وفق الشريعة الإسلامية.

فنفقة حماية التركة واجبة على الكل، حسب أنصبة كل وارث، والثمار والأرباح التي تنتجها هذه التركة، تكون مشتركة بينهم حسب نسبة الأنصبة.

ومن تطبيقات هذه القاعدة:

أ- إذا كانت الدار المشتركة على سبيل الشيوع تحتاج إلى تعمير، فعلى كل واحد أن يتحمل نفقات هذا التعمير حسب نسبة حصته، وإذا امتنع أحدهم، أجبره القاضي على تنفيذ ما يجب عليه.

ب- لو كان هناك نهر مشترك، يحتاج إلى إزالة العوائق التي تحول دون مجرى النهر، فعلى الشركاء تحمل تكاليف إزالة تلك العوائق، كلّ حسب نسبة نصيبه.

ج- إذا حدثت نتائج وثمار للمال المشترك اشتراكاً شائعاً، توزع بين الشركاء، كل حسب نسبة نصيبه.

د- التركة المستغرقة بالدين تنتقل ملكيتها إلى الورثة، رغم ذلك، على الرأي الراجح في الشريعة الإسلامية. ولكن لا ينفذ تصرفهم فيها قبل تسديد الديون أو أخذ الإجازة من الدائنين.

وبناءً على ذلك تكون نفقات حماية التركة وخيراتها قبل التوزيع للكل، كلّ حسب نسبة نصيبه.

أما عند من لا يرى أن ملكية التركة المستغرقة بالديون لا تنتقل إلى الورثة، قبل تسديد تلك الديون، فيكون الإنفاق على حمايتها من نفس التركة، لا من مال الورثة. وكذلك نتائجها تُعد جزءً من التركة ولا توزع على الورثة قبل التقسيم.

والذي نرجحه هو أن ملكية التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد وفاة المورث، لكن لا يكون تصرفهم فيها نافذا قبل تسديد الديون أو إجازة الدائنين.

الدين مانع من نفاذ التصرف وليس مانعا من نقل الملكية للورثة لعموم آيات الميراث في القرآن الكريم.

-٦٠-

قاعدة

(شروط النسخ في القرآن تختلف عن شروطه في غيره)

شروط النسخ:

لم يفرق علماء الأصول والباحثون في النسخ بين نسخ القرآن ونسخ غير القرآن في الشروط وهذا أول خطأ ارتكب في حق القرآن كما انهم اختلفوا في تعداد هذه الشروط بين مقل ومكثر من جهة وبين تقسيمها الى الشروط المتفق عليها والشروط المختلف فيها والذي يهمنا في هذا البحث هو شروط النسخ في القرآن لانه المختلف فيه من حيث النسخ وعدمه وما عداه لسنا بحاجة الى تعداد شروط النسخ فيه وبوجه خاص إن دور النسخ قد انتهى فما نسخ نسخ وما بقي فهو باق.

وجدير بالذكر أن بحثنا لشروط النسخ في القرآن وسيلة من وسائل ازالة الغموض في نسخ القرآن لأن الذين يحتجون على آيات كثيرة في القرآن بالنسخ عن طريق التقليد يجهلون هذه الشروط.

ومن الواضح أنه ما من كتاب أصولي في العالم الاسلامي إلا وقد بحث عن النسخ بطريقة تفصيلية أو إجمالية ومنذ ١٩٤٠م أعيش مع علم أصول الفقه تعلماً وتعليماً وتأليفاً وباحثاً وتبين لي من هذه الخبرة الطويلة أن شروط النسخ في القرآن الكريم أربعة لا خامس لها كما في الإيضاح الآتي:

الشرط الأول: ثبوت قرآنية كل ما يسمى بالناسخ والمنسوخ في القرآن بالتواتر بناء على ما أجمع عليه علماء الاسلام من الأصوليين والفقهاء والمفسرين قديماً وحديثاً من ان كل سورة من سور القرآن، وكل آية من آياته، وكل جملة من جمله، وكل كلمة من كلماته ثبتت قرآنيته بالتواتر ووصلت إلينا بالتواتر وثبتت في المصحف الامام الموجود بين ايدي المسلمين.

كما أجمع علماء المنطق[1] على ان عكس النقيض الموافق لهذه القاعدة الكلية الموجبة ان كل ما لم يكن متواتراً ليس من القرآن وبالتالي لا يسمى النسخ في القرآن نسخ غير القرآن بالقرآن وهذه القواعد المنطقية من البدهيات الثابتة بالاجماع والتواتر الذي يكون النقاش فيها من باب الجهل أو الجدل والمكابرة، على كل ذي عقل سليم استبعاده وينبني على هذه البدهيات بطلان إدخال أخبار الآحاد في باب نسخ القرآن سواء عدت هذه الأخبار ناسخة أو منسوخة.

ومن الأخبار الآحادية التي أُدخلت في القرآن وعُدت ناسخة أو منسوخة فيه مايأتي:

آ. ما جاء في صحيح مسلم[2] من أنه ((حَدَّثَنَا يَحْيَى بْنُ يَحْيَى قَالَ: قَرَأْتُ عَلَى مَالِكٍ عَنْ عَبْدِاللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ عَنْ عَمْرَةَ عَنْ عَائِشَةَ أَنَّهَا قَالَتْ: كَانَ فِيمَا أُنْزِلَ مِنْ الْقُرْآنِ عَشْرُ رَضَعَاتٍ مَعْلُومَاتٍ يُحَرِّمْنَ، ثُمَّ نُسِخْنَ بِخَمْسٍ مَعْلُومَاتٍ، فَتُوُفِّيَ رَسُولُ اللَّهِ(ﷺ) وَهُنَّ فِيمَا يُقْرَأُ مِنْ الْقُرْآنِ)).

وأطرح على القارئ الكريم هذه الاسئلة وأترك أجوبتها لكل ذي عقل سليم:

١. ما هي الحكمة الالهية التي أدت الى جعل عشر رضعات محرّمات أولاً ثم الى نسخ خمس منها ثانياً هل كان يجهل سبحانه وتعالى أن خمس رضعات كافية للتحريم فلا داعي لعشر ثم ظهر له ذلك فنسخ خمساً منها. او كانت هناك مصلحة اقتضت عشراً أولاً ثم تغيرت هذه المصلحة ودعت الى جعلها خمساً فما هي هذه المصلحة ؟

٢. لماذا نسخ الناسخ تلاوة وبقي حكماً كما يزعم البعض.

٣. إذا كان هذا العدد (خمس رضعات) من القرآن حكماً لا تلاوة لماذا تحول من كونه قرآناً الى كونه حديثاً ؟

٤. إذا كان قرآناً لماذا انفردت عمرة بروايتها عن عائشة أم المؤمنين (رضي الله عنها) ولم يعلم بهذه القرآنية غيرها علماً بأن الموضوع حساس يتعلق بالحلّ

---

[1] في البرهان للكلنبوي ص٢٨٠: (عكس النقيض هو جعل المحكوم به محكوماً عليه ونقيض المحكوم عليه محكوماً به مع بقاء الصدق والكيف (الايجاب والسلب) فالموجبة الكلية تنعكس الى نفسها). وبناء على ذلك عكس نقيض قاعدة (كل قرآن متواتر) هو (كل لا متواتر لا قرآن).

[2] للإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري- طبعة دار الفكر: ١٠٧٥/٢ رقم الحديث ١٤٥٢.

والحرمة وشرف الانسان وعرضه ونسله؟

٥. إذا كان هذا الحديث الآحادي قرآناً لماذا لم يعمل به غير الشافعية.

٦. كيف خالف جمهور فقهاء الشريعة الاسلامية هذه الآية الموجودة المنسوخ نصفها الأول بنصفها الثاني ؟

٧. ما هذا التناقض بين الأقوال والقواعد العامة المجمع عليها ؟

ب. في صحيح مسلم[1]: ((عن قتادة عن أنس قال: قال رسول الله(ﷺ) لو كان لابن آدم واديان من مال لابتغى وادياً ثالثاً ولا يملأ جوف ابن آدم إلا التراب[2] ويتوب الله على من تاب)). وفي رواية أنس بن مالك: ((عَنْ قَتَادَةَ عَنْ أَنَسٍ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ(ﷺ): لَوْ كَانَ لِابْنِ آدَمَ وَادِيَانِ مِنْ مَالٍ لَابْتَغَى وَادِيًا ثَالِثًا وَلَا يَمْلَأُ جَوْفَ ابْنِ آدَمَ إِلَّا التُّرَابُ وَيَتُوبُ اللَّهُ عَلَى مَنْ تَابَ))[3].

ومن الغريب ان ينقل بعض كبار العلماء هذا الحديث ويعتبروه قرآناً منسوخاً حكماً وتلاوة دون تعليق او تردد ومن هؤلاء العلماء ابن سلامة[4] حيث يقول فأما ما نسخ حكمه وخطه فمثل ما روي عن أنس بن مالك أنه قال كنا نقرأ على عهد رسول الله(ﷺ) سورة تعدل سورة التوبة وما أحفظ منها غير آية واحدة وهي لو أن لابن آدم واديين .. الى آخره وأغرب من ذلك أن راوي الحديث في صحيح مسلم هو أنس بن مالك نفسه فكيف يعتبروه قرآناً تارة وحديثاً تارة أخرى؟

ومنهم السيوطي حيث ينقل الحديث في كتابه الاتقان في علوم القرآن[5] على أساس أنه من القرآن المنسوخ حكماً وتلاوة. وكذلك نقله ابن حزم تحت عنوان نسخ الخط والحكم[6].

---

[1] ٧٢٥/٢ باب لو أن لابن آدم واديين لابتغى ثالثاً، رقم الحديث ١٠٤٨.

[2] أي لا يزال حريصاً على الدنيا حتى يموت ويمتلئ جوفه من تراب قبره.

[3] صحيح مسلم: ٧٢٥/٢.

[4] الناسخ والمنسوخ لهبة الله بن سلامة بن نصر بن عامر البغدادي (ت-٤١٠هـ) دراسة وتحقيق موسى نباه علوان العليلي ص٦٥-٦٦.

[5] الاتقان في علوم القرآن للإمام جلال الدين السيوطي الشافعي (ت-٩١١هـ): ٢٥/٢.

[6] الناسخ والمنسوخ في القرآن الكريم لابن حزم الاندلسي ص٩.

الشرط الثاني: ثبوت تأخر الناسخ عن المنسوخ في النزول بالتواتر لأن الحكم المنسوخ كان قبل النسخ من القرآن وثبتت قرآنيته بالتواتر وما ثبت بالتواتر لا يزول إلا بما هو ثابت بالتواتر للقاعدة الشرعية العامة المتفق عليها (إن اليقين لا يزول إلا باليقين) والقاعدة الفقهية (اليقين لا يزول بالشك) بل ولا يزول إلا باليقين.

يقول ابن حزم الظاهري[1]: ((لا يحل لمسلم يؤمن بالله واليوم الآخر أن يقول في شيء من القرآن والسنة هذا منسوخ إلا بيقين لأن الله (ﷻ) يقول ﴿وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ رَسُولٍ إِلاَّ لِيُطَاعَ﴾[2] وقال تعالى: ﴿اتَّبِعُوا مَا أُنْزِلَ إِلَيْكُمْ مِنْ رَبِّكُمْ﴾[3]. ثم يمضي قائلاً: غالى كثيرون من مدعي وجود آيات منسوخة حتى بلغت دعاوى النسخ مئات فكل ما أنزل الله في القرآن أو على لسان نبيه فرض اتباعه فمن قال حدثني أنه منسوخ فقد وجب ألا يطاع ذلك الأمر وأسقط لزوم اتباعه وهذا معصية الله محرمة وخلاف مكشوف إلا أن يقوم برهان (والبرهان دليل قطعي وجميع مقدماته قطعية) على صحة قوله وإلا فهو مفتر ومبطل فمن اخاز خلاف ما قلنا فقوله يؤول الى إبطال الشريعة كلها)).

وخلاصة الكلام ان الاجتهاد في النسخ ليس له أي دور لانه دليل ظني والقرآن ثبوته قطعي فلا يمكن رفع القطعي بدليل ظني.

الشرط الثالث: قابلية الحكم للنسخ، فأحكام المعتقدات والأخبار والوعود والوعيد، وأمهات الأحكام التي لا تختلف باختلاف الزمان والمكان لا تقبل النسخ بإجماع العقلاء.

قال السيوطي[4]: ((لايقع النسخ إلا في الأمر والنهي ولو بلفظ الخبر أما الخبر الذي ليس بمعنى الطلب فلا يدخله النسخ ومنه الوعد والوعيد)).

قال صدر الشريعة[5]: ((من شروط النسخ أن لا يكون الحكم السابق من الأحكام الإعتقادية وما يجري مجراها كالأمور الحسية والاخبارات من الأمور الماضية والحاضرة والمستقبلة)).

---

[1] الاحكام في أصول الاحكام: ٤/٤٣٨.
[2] النساء/٦٤.
[3] سورة الاعراف/٣.
[4] الاتقان في علوم القرآن: ٢/٢١.
[5] التوضيح والتنقيح مع الحواشي: ٢/٣٠٩.

قال ابن حزم[1]: ((والنسخ إنما يقع في الأمر والنهي ولا يجوز أن يقع في الأخبار المحضة والاستثناء ليس بنسخ)).

الشرط الرابع: التناقض بين الآيتين (الناسخة والمنسوخة) من البدهي أن النسخ (الإلغاء) في الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية اما أن يكون صريحاً أو ضمنياً.

النسخ الصريح: هوأن تدل آية أو سنة متواترة أو إجماع الصحابة على ان الآية كذا في القرآن نسخت بآية كذا وهذا النوع من النسخ غير موجود في القرآن الكريم بإجماع علماء المسلمين قديماً وحديثاً لكنه موجود في السنة النبوية وقد ثبت بالإجماع أن التوجه الى بيت المقدس الذي كان ثابتاً بالسنة قد نسخ بالقرآن بالأمر بالتوجه الى بيت الله الحرام في مكة المكرمة.

وكذلك نسخ حكم زيارة القبور بالأمر بها فهو نسخ صريح لقول الرسولﷺ ((كُنْتُ نَهَيْتُكُمْ عَنْ زِيَارَةِ الْقُبُورِ فَزُورُوهَا))[2] فهذا النص صريح في إلغاء التحريم الثابت بالنهي بالجواز الثابت بالأمر.

النسخ الضمني: وهو النسخ الذي يعرف بوجود التناقض بين نصين ويرفع بالقول بأن أحدهما قد ألغى الآخر.

وبناء على هذه الحقيقة فإن النسخ في القرآن بما أنه ضمني لا يكون إلا في حالة قيام التناقض بين آيتين لا يمكن اجتماعهما ولا ارتفاعهما فالحل الوحيد لرفع هذا التناقض هو القول بأن إحدى الآيتين المتناقضتين ألغت الأخرى.

أما مجرد التعارض بينهما فإنه لا يوجب النسخ لأن التعارض يمكن رفعه بغير اللجوء الى النسخ ذلك لأن علماء الشريعة من الأصوليين والفقهاء أجمعوا على ان رفع التعارض بين دليلين (أو نصين) يجب أن يرفع بحسب التسلسل الآتي:

أولاً. محاولة الجمع بين النصين المتعارضين وهذا أمر ممكن كما في التعارض بين آية عدة المتوفى عنها زوجها وعدة الحامل فهما متعارضتان ويرفع التعارض بالجمع بينهما لأن النسبة بينهما العموم والخصوص من وجه كما في الإيضاح الآتي:

---

[1] الناسخ والمنسوخ في القرآن الكريم ص٨.

[2] صحيح. رواه مسلم (٩٧٧).

قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾[١] فهذه الآية عامة للحامل وغيرها وخاصة بالمتوفى عنها زوجها.

وقوله تعالى: ﴿وَأُوْلَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[٢] عام يشمل المطلقة والمتوفى عنها زوجها وخاص بعدة الحامل.

وبما أن كل واحدة منهما عامة من وجه وخاصة من وجه آخر يمكن الجمع بينهما بأن يعمل بهما معاً على أساس أن تكون عدة الحامل المتوفى عنها زوجها أبعد الأجلين دون وضع الحمل فإذا وضعت الحمل قبل أربعة أشهر وعشرة أيام تنتظر انتهاء هذه المدة وإذا انتهت المدة ولم تضع الحمل بعد تنتظر وضع الحمل.

وقد جمع بينهما بعض الفقهاء من الصحابة منهم سيدنا علي بن أبي طالب ومن الأئمة منهم المالكية وبه أخذ المشرع العراقي[٣].

ثانياً. محاولة ترجيح أحد النصين أو الدليلين على الآخر إذا لم يمكن الجمع بينهما كالتعارض بين العام والخاص فيرفع بترجيح العمل بالخاص على العمل بالعام عن طريق تخصيص العام والتعارض بين المطلق والمقيد فيرفع بترجيح العمل بالمقيد وحمل المطلق على المقيد كما يأتي تفصيل ذلك في محله.

وفي الآيتين المذكورتين رفع الجمهور التعارض بينهما بترجيح العمل بآية ﴿وَأُوْلَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ على الآية الأولى بالنسبة للحامل المتوفى عنها زوجها استناداً الى حديث سبيعة الأسلمية.

ثالثاً. محاولة معرفة المتأخر من المتعارضين من حيث التشريع حتى يعد المتأخر ناسخاً للمتقدم منهما وبناء على ذلك فإن التعارض لا يكفي للقول بالنسخ بل يجب قيام التناقض لأن كل تناقض تعارض دون العكس الكلي فلا يمكن حدوث النسخ في القرآن أو في السنة أو الإجماع ما لم يكن بين النصين (أو الدليلين) أو الآيتين تناقض ومن البدهي أن التناقض بين شيئين لا يتحقق إلا بعد اتحادهما في تسعة أمور واختلافهما في الإثنين.

---

[١] سورة البقرة/٢٣٤

[٢] سورة الطلاق/٤

[٣] المادة (٣/٤٨) من قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ سنة ١٩٥٩.

آ. الوحدة في الأمور الآتية:

١. وحدة الموضوع (أو المحكوم عليه أو المسند إليه) فلا تناقض بين (عقد كامل الأهلية صحيح) و (عقد عديم الأهلية باطل) لعدم وحدة الموضوع. وكذلك لا تناقض بين قوله تعالى ﴿وَاللاَّتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمْ فَاسْتَشْهِدُواْ عَلَيْهِنَّ أَرْبَعةً مِّنكُمْ فَإِن شَهِدُواْ فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّىَ يَتَوَفَّاهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللّهُ لَهُنَّ سَبِيلاً﴾[1] وقوله تعالى: ﴿وَاللَّذَانَ يَأْتِيَانِهَا مِنكُمْ فَآذُوهُمَا فَإِن تَابَا وَأَصْلَحَا فَأَعْرِضُواْ عَنْهُمَا إِنَّ اللّهَ كَانَ تَوَّاباً رَّحِيماً﴾[2] وقوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾[3].
لأن موضوع الحكم في هذه الآيات الثلاث يختلف، فموضوع الآية الأولى جريمة المساحقة بين الأنثيين، وموضوع الثانية جريمة اللواط بين الذكرين، وموضوع الثالثة جريمة الزنا بين الذكر والأنثى. فلا تناقض بين هذه الآيات حتى تُعتبر المتأخرة منها ناسخة للمتقدمة، كما زعم كثير من الناس.

٢. وحدة المحمول فلا تناقض بين (عديم الأهلية يسأل مدنيا) و (عديم الأهلية لا يسأل جنائياً) أي في حالة إلحاق الضرر بالغير. وكذلك لا تناقض بين آية ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾[4]. وبين آية ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً وَصِيَّةً لِّأَزْوَاجِهِم مَّتَاعاً إِلَى الْحَوْلِ غَيْرَ إِخْرَاجٍ فَإِنْ خَرَجْنَ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا فَعَلْنَ فِيَ أَنفُسِهِنَّ مِن مَّعْرُوفٍ وَاللّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾[5]. لأن الآية الأولى خاصة بحق الله، والآية الثانية تخص حق الزوجة. فالتناقض أصل النسخ، لأن النسخ يأتي لرفع التناقض، فإذا كان الأصل معدوماً، فلا وجود للفرع.

---

[1] النساء : ١٥
[2] النساء : ١٦
[3] النور : ٢
[4] البقرة : ٢٣٤
[5] البقرة : ٢٤٠

٣. وحدة الزمان فلا تناقض بين (يجب الصيام في نهار رمضان) و (لا يجب الصيام في ليالي رمضان).
٤. وحدة المكان فلا تناقض بين (يسري قانون العقوبات العراقي على الجرائم التي ترتكب في إقليم العراق) و (لا يسري على الجرائم التي ترتكب خارج إقليم العراق).
٥. وحدة الشرط فلا تناقض بين (المتهم يعاقب بشرط ثبوت التهمة الموجهة إليه) و (المتهم لا يعاقب بشرط براءته من التهمة) لاختلاف الشرط.
٦. وحدة الإضافة فلا تناقض بين (المتهم يدان بالنسبة الى الجريمة التي ارتكبها) و (المتهم لا يدان بالنسبة للجريمة التي لم يثبت ارتكابها منه).
٧. وحدة القوة والفعل فلا تناقض بين (الجنين له شخصية قانونية) أي بالقوة والامكان و (الجنين ليس له شخصية قانونية) أي بالفعل قبل ولادته.
٨. وحدة الكل والجزء فلا تناقض بين (الرمان يؤكل أي جزؤه) وهو اللب و (الرمان لا يؤكل أي كله) لأن القشر لا يؤكل.
٩. وحدة الجهة في الموجهات، فلا تناقض بين كل انسان كاتبٌ (أي بالإمكان) وكل إنسان ليس بكاتب (أي بالضرورة).
١٠. وحدة العزيمة والرخصة، فلا تناقض بين آية ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ حَرِّضِ الْمُؤْمِنِينَ عَلَى الْقِتَالِ إِن يَكُن مِّنكُمْ عِشْرُونَ صَابِرُونَ يَغْلِبُواْ مِئَتَيْنِ وَإِن يَكُن مِّنكُم مِّئَةٌ يَغْلِبُواْ أَلْفاً مِّنَ الَّذِينَ كَفَرُواْ بِأَنَّهُمْ قَوْمٌ لاَّ يَفْقَهُونَ﴾[1] وبين آية ﴿الآنَ خَفَّفَ اللّهُ عَنكُمْ وَعَلِمَ أَنَّ فِيكُمْ ضَعْفاً فَإِن يَكُن مِّنكُم مِّئَةٌ صَابِرَةٌ يَغْلِبُواْ مِئَتَيْنِ وَإِن يَكُن مِّنكُمْ أَلْفٌ يَغْلِبُواْ أَلْفَيْنِ بِإِذْنِ اللّهِ وَاللّهُ مَعَ الصَّابِرِينَ﴾[2]. لأن حكم الآية الأولى للعزيمة، وحكم الثانية للرخصة.

---

[1] الأنفال : ٦٥
[2] الأنفال : ٦٦

ب. الاختلافات في أمرين وهما:

١. الاختلاف في الكيف وهو الايجاب والسلب في علم المنطق والوجوب و الجواز والتحريم أو الصحة والبطلان في الشريعة ونحو ذلك. فلا تناقض بين عدم وجوب الميراث للوارث وجوازها له.

٢. الاختلاف في الكم بأن يكون أحدهما كلياً والآخر جزئياً فلا تناقض بين كليتين لجواز كذبهما معاً مثل كل حيّ إنسان ولا شيء من الإنسان بحيّ فهما كاذبان ولا تناقض بين قضيتين جزئيتين مثل بعض الإنسان عالم وبعض الانسان ليس بعالم لصدقهما معاً.

ومع مراعاة هذه الشروط الأربعة للنسخ في القرآن الكريم، لا يستطيع الباحث أن يجد آيتين متناقضتين تتوافر فيهما تلك الشروط.[1] والفرع فرع التناقض فإذا عدم الأصل عدم الفرع.

---

[1] لمزيد من التفصيل يُنظر مؤلفنا (التبيان لرفع غموض النسخ في القرآن) ص٣٨- ٤٩.

(حرف الصاد)

-٦١-

قاعدة
(صاحب الحق إذا ظفر بجنس حقه كان له أن يأخذه)

مضمون القاعدة: من له حق شخصي بذمة الغير، كدين يكون الدائن جاحدا أو ممتنعاً عن أدائه بدون عذر، فله أن يأخذ منه مقدار حقه.

وكذا من له حق عيني في حيازة الغير بطريقة غير مشروعة، كحيازة الغاصب للمال المغصوب والسارق للمال المسروق، وكان ممتنعا عن رد عينه إذا كان باقياً، أو مثله في المثليات أو قيمته في القيمي، يجوز للمغصوب منه أو المسروق منه، أخذ حقه من جنسه أو غير جنسه إذا ظفر به.

وكذا للزوجة أن تأخذ حقها من مال الزوج عن النفقة المتراكمة التي هي في ذمة الزوج متى امتنع عن الإنفاق عليها بدون مبرر شرعي أو قانوني.

ومصدر هذه القاعدة حديث الرسول(ﷺ) عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اَللَّهُ عَنْهَا قَالَتْ: ((دَخَلَتْ هِنْدُ بِنْتُ عُتْبَةَ -امْرَأَةُ أَبِي سُفْيَانَ- عَلَى رَسُولِ اَللَّهِ ﷺ . فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اَللَّهِ! إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ لَا يُعْطِينِي مِنْ اَلنَّفَقَةِ مَا يَكْفِينِي وَيَكْفِي بَنِيَّ، إِلَّا مَا أَخَذْتُ مِنْ مَالِهِ بِغَيْرِ عِلْمِهِ، فَهَلْ عَلَيَّ فِي ذَلِكَ مِنْ جُنَاحٍ؟ فَقَالَ: "خُذِي مِنْ مَالِهِ بِالْمَعْرُوفِ مَا يَكْفِيكِ، وَيَكْفِي بَنِيكِ".))[1]

---

١ متفق عليه. صحيح. رواه البخاري (٥٣٦٤)، ومسلم (١٧١٤) واللفظ لمسلم. بلوغ المرام من أدلة الأحكام

-٦٢-

قاعدة

(الصبي غير المميز أو المجنون أو من في حكمهما، إذا أضرّ بالغير يجب الضمان في ماله)

مضمون القاعدة: إذا أتلف صبي غير مميز أو مجنون أو من في حكمهما، مال غيره، لزمه الضمان في ماله. وإذا تعذر الحصول على التعويض من أموال من وقع منه الضرر، إن كان صبياً غير مميز أو مجنون أو من في حكمهما، جاز للمحكمة أن تُلزم الولي أو القيّم أو الصبيّ بمبلغ التعويض، على أن يكون لهذا الرجوع بما دفعه على من وقع منه الضرر، متى كان له المال.[1]

١ المادة (١٩٠) من المدني العراقي النافذ.

-٦٣-

قاعدة

(صحة التعويض تختص بالمال المتقوم)[1]

المال إما متقوم وهو المال الذي يكون في حيازة الشخص ويجوز الإنتفاع به في حالة السعة والإختيار. وإذا لم يكن في الحيازة، كالسمك في النهر، أو كان محازاً ولكنه غير قابل للتعامل، كالمسكرات، يكون غير متقوم.

---

١ المبسوط ١٢/١٠٦.

-٦٤-

قاعدة

(الصداق المعين في يد الزوج قبل القبض يكون في ضمانه ضمان يد أو ضمان عقد)

مضمون القاعدة: الصداق المهر، فهو مضمون، فعلى الزوج دفعه حالاً أو مآلاً، وإذا كان مؤجلا يُصبح حالاً بأقرب الأجلين، الموت أو الطلاق. وإذا تلف أو نقصت قيمته، فعلى الزوج تعويض الزوجة، فإذا مات الزوج قبل تسديد مهره، يتعلق بتركته كأي دين آخر. فعلى الورثة إخراجه قبل تقسيم التركة.

وجدير بالذكر أن الدين المتعلق بالتركة مانع من نفاذ التصرف فيها قبل تسديد الدين أو تنازل الدائن عنه.

وإذا زاد الصداق قبل القبض زيادة منفصلة، كبقرة ولدت، فالزيادة للزوجة.

وإذا ماتت الزوجة قبل الزوج وقبل القبض، فالمهر وزيادته لورثتها بعد إخراج نصيب الزوج منه من نصف إذا لم يكن للزوجة ولد، أو ربع إذا كان لها ولد.

-٦٥-

قاعدة

(الصريح لا يحتاج إلى نية، والكناية لا تلزم إلا بنية)[1]

الصريح: ما كان بيّناً واضح المعنى بيّن المراد بسبب وضوح صيغته أو تكرار إستعماله، ومن إدعى خلافه، تُرد دعواه، ما لم تؤيده قرينة.

وعلى سبيل المثل: من قال لزوجته انتِ طالق، ثم إدعى أنه لم يقصد الطلاق، فلا تُسمع منه الدعوى إلا بدليل.

الكناية بخلاف الصريح، وهي ماكان خفيّ المراد محتملا لأكثر من معنى، فإذا قال شخص لزوجته إذهبي إلى أهلكِ، لا يُحكم بوقوع طلاقه، إلاّ بنيّة.

وجدير بالذكر أن العبرة بالإرادة الظاهرة إذا كانت الصيغة صريحة، وبالإرادة الباطنة إذا كانت كناية.

١ الأشباه والنظائر للسيوطي ص٢٩٣.

-٦٦-

قاعدة

(الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحا أحل حراماً أو حرم حلالا)

ومصدر هذه القاعدة هو الحديث النبوي الذي رواه عَمْرِو بْنِ عَوْفٍ اَلْمُزَنِيِّ ﷺ عن رَسُولَ اَللَّهِ ﷺ قَالَ: ((اَلصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ اَلْمُسْلِمِينَ، إِلَّا صُلْحاً حَرَّمَ حَلَالاً وَ[1] أَحَلَّ حَرَاماً))، وورد هذا الحديث بتعبير آخر ((الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ، إِلَّا شَرْطاً حَرَّمَ حَلَالاً وَ [2] أَحَلَّ حَرَاماً} رَوَاهُ اَلتِّرْمِذِيُّ وَصَحَّحَهُ[3] .

وجدير بالذكر أن لفظ المسلم في هذا الحديث ليس له مفهوم مخالف، بل يستوي في ذلك المسلم وغير المسلم.

ومن تطبيقات هذه القاعدة:

إذا ادعى شخص على آخر سرقة ماله أو إتلافه، ثم صالحه على مبلغ يعطيه للمدعى عليه، على أن يُقرّ بالمدعى به، جاز ذلك، فعلى السارق رد المسروق عيناً أو بدلاً من مثلٍ في المثلي أو قيمة في القيمي.

والصلح في الحدود باطل، كعقوبة الزنا والسرقة. ولكن الصلح عن حق القصاص جائز، ويسقط بالعدول عنه إلى بدل من الدية أو الإعفاء.

ومصدر ذلك قوله تعالى: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَاناً﴾[4]. والسلطان أحد الخيارات الثلاثة، وهي المطالبة بالقصاص أو الدية أو إعفاء الجاني من كليهما.

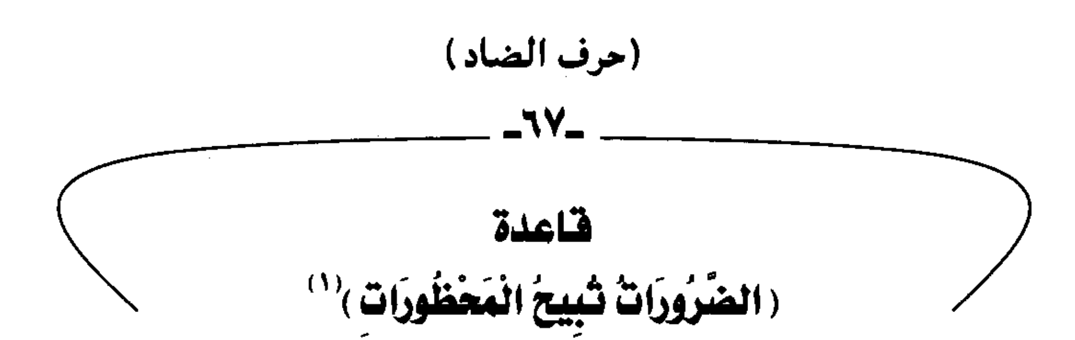
---

[1] - كذا " بالأصلين "، وفي " السنن ": " أو ".

[2] - كذا " بالأصلين "، وفي " السنن ": " أو ".

[3] - السنن رقم (١٣٥٢)، وقال: " هذا حديث حسن صحيح ".. بلوغ المراد من أدلة الأحكام

[4] الإسراء : ٣٣



(حرف الضاد)

-٦٧-

قاعدة

(الضَّرُورَاتُ تُبِيحُ الْمَحْظُورَاتِ)[١]

الصواب:

(الضرورات تُجيز المحظورات في حقوق العباد وتبيحها في حقوق الله)

وهي قاعدة غير صحيحة لسبب بسيط، وهو أن الضرورة كالإكراه من موانع المسؤولية الجزائية والفاعل لا يُسأل جزائيا أي من حيث العقاب، ولكن يُسأل مدنياً، أي من حيث التعويض، لأنها ليست من أسباب الإباحة بإجماع العلماء والعقلاء، فهي لا تُجرد الفعل الجرمي من صفته الجرمية ولا تُخرجه من كونه مشمولا بنص التجريم الذي جرّمه وفقا لقاعدة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص).

ثم إنها من عوارض الركن المعنوي (القصد الجنائي) للجريمة، ولا صلة لها بالركن الشرعي من قريب أو بعيد، وعلى سبيل المثل من أتلف مال الغير كله أو بعضه بدون مبرر أو إذن صاحبه، تحت ضغط ضرورة توافرت أركانها وشروطها، يجب على المتلف تعويضه بمثله، إذا كان المال مثليا، وبقيمته يوم إتلافه أو استهلاكه إذا كان مالا قيمياً. وبناءً على هذا التمهيد يجب تبديل قاعدة (الضرورات تبيح المحظورات) بقاعدة (الضرورات تجيز المحظورات).

والنسبة المنطقية بين الجواز والإباحة هي عموم وخصوص مطلق، فكل مباح جائز دون العكس الكلي، فإتلاف مال الغير تحت ضغط الضرورة أو الإكراه جائز ورخصة ولكن ليس بمباح، والدفاع الشرعي عن الدين أو الحياة أو العرض أو المال أو العقل مباح وجائز في نفس الوقت. والجائز قد يجتمع مع الإباحة كما في حالة الدفاع الشرعي عن أحد الأمور المذكورة، وقد يجتمع مع الرخصة بدون الإباحة كما في أكل مال الغير أو سرقته أو إتلافه تحت ضغط

---

١ مجلة الأحكام العدلية، المادة (٢١)

الحاجة الضرورية. وسبب الإباحة مانع من المسؤولية الجزائية والمسؤولية المدنية، فلا يُسأل جزائيا ولا يُعاقب، كما لا يُسأل مدنيا عن التعويض. فإتلاف مال الغير في حالة الدفاع الشرعي لا يوجب التعويض ولا العقاب، بخلاف حالة الضرورة.

من مصادر هذه القاعدة في القرآن الكريم ما يلي:

١- قوله تعالى: ﴿...فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾[١]

٢- قوله تعالى: ﴿... فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِّإِثْمٍ فَإِنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾[٢]

٣- قوله تعالى: ﴿...فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾[٣]

٤- قوله تعالى: ﴿...وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلاَّ مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ ...﴾[٤].

٥- قوله تعالى: ﴿...فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَإِنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾[٥].

---

[١] البقرة : ١٧٣
[٢] المائدة : ٣
[٣] الأنعام : ١٤٥
[٤] الأنعام : ١١٩
[٥] النحل : ١١٥

-٦٨-

قاعدة

(الضَّرَرُ الأَشَدُّ يُزَالُ بِالضَّرَرِ الأَخَفّ)[1]

فمن أصيب ساقه بالسرطان يجوز قطعه بموافقته دفعاً للضرر الأشد وهو انتشاره في سائر اعضائه.

ومن تطبيقاتها جواز شقّ بطن المرأة الميتة لإخراج الولد في بطنها إذا ثبت أنه حي.

وجواز نبش الميت بعد دفنه وإخراجه من قبره لغرض إكتشاف الجريمة.

[1] مجلة الأحكام العدلية، م٢٧

-٦٩-

قاعدة

(الضَّرَرُ لَا يُزَالُ بِمِثْلِهِ)[1]

على سبيل المثل، إذا حصل عند المشتري ضرر فلا يجوز له فسخ العقد بعيب خفي في المبيع، ولكن له حق الأرش، وهو الفرق بين قيمة المبيع سليماً وقيمته معيباً.

والقواعد المذكورة سبق بيانها في الأنواع المندرجة تحت جنسها.

---

[1] مجلة الأحكام العدلية، م٢٥

-٧٠-

قاعدة

(الضامن لا يُقبل قوله إلا بحجة)

الضامن هو الكفيل، والكفالة ضمّ ذمة إلى ذمة الأصيل في المطالبة. ولكن الضمان كما يشمل الكفالة، يعمّ كل إلتزام بالتعويض متى تحقق سببه.

وعلى سبيل المثل من سرق مال غيره أو غصبه أو أتلفه أو أنقص قيمته، فيجب رد عينه إذا كان باقياً ورد مثله في المثلي وقيمته يوم نشأة الإلتزام في القيمي.

(حرف الطاء)

-٧١-

قاعدة

(الطارئ بعد العقد كالمقارن)[1]

الوصف الطارئ مأخوذ من طرأ، بمعنى حدث فجأةً.

ومن تطبيقات هذه القاعدة:

أ. إذا عقد على صغيرة ثم أرضعتها زوجته الكبيرة، بطلت زواجه من الصغيرة لأنها صارت بنت زوجته من الرضاعة. وعلى الزوجة الكبيرة ضمان مهر الصغيرة لإفسادها عقد زواجها بإرضاعها.

ب. من اشترى عصيرا فتخمّر قبل القبض، بطل العقد، لأن الخمر غير متقوم.

ج. إذا زوّج إمرأة فوطئها ابوه أو إبنه بشبهة، أو وطئ هو أمها أو بنتها بشبهة، انفسخ النكاح.

والجدير بالذكر أن جريمة الزنا عند بعض الفقهاء كالحنفية تُعد من أسباب المصاهرة. فلا فرق بين الوطء بشبهة وبغيرها.

---

[1] المبسوط ١٥١/٢١

-٧٢-

قاعدة

(الطاعة بحسب الطاقة)

أي طاعة الله فيما أوجبه على عباده، إنما تكون حسب الطاقة والوسع.

ومصدر هذه القاعدة القرآن الكريم، كما قال تعالى: ﴿لاَ يُكَلِّفُ اللّهُ نَفْساً إِلاَّ وُسْعَهَا﴾[1].

ومن تطبيقات هذه القاعدة:

أ. من لم يكن له الإستطاعة البدنية أو المالية أو الأمنية، لا يجب عليه الحج، لقوله تعالى: ﴿وَلِلّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلاً﴾[2].

ب. من لم يستطع الصيام لشيخوخة أو مرض مزمن، لا يجب عليه الصيام، بل يُطعم عن كل يوم مسكيناً، لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الَّذِينَ يُطِيقُونَهُ فِدْيَةٌ طَعَامُ مِسْكِينٍ﴾[3].

---

[1] البقرة : ٢٨٦

[2] آل عمران : ٩٧

[3] البقرة : ١٨٤

-٧٣-

قاعدة

(الطلاق الرجعي ما يجوز للزوج مراجعة زوجته بدون عقد جديد قبل انتهاء عدة المطلقة)

الصواب:

(الطلاق الرجعي هو كل طلاق بعد الدخول دون مقابل للمرة الأولى والثانية)

ويقابل الطلاق الرجعي الطلاق البائن وهو كل طلاق قبل الدخول أو بعوض او للمرة الثالثة أو بعد انتهاء العدة.

وهذه القاعدة خطأ لأنه تعريف بالحكم، فالقاضي إذا لم يعلم مقدماً بأن الطلاق رجعي لا يستطيع أن يحكم بأن للزوج مراجعة زوجته بدون عقد جديد قبل انتهاء مدة عدتها.

وبناءً على ذلك القاعدة المذكورة يجب أن تُعدل بالآتي:

(الطلاق الرجعي هو كل طلاق بعد الدخول بدون عوض للمرة الأولى والثانية).

ويكون الطلاق بائنا إذا كان قبل الدخول أو بعده وكان بعوض أو كان للمرة الثالثة أو كانت العدة منتهية.

-٧٤-

قاعدة

(الطلاق الرجعي، يقطع النكاح)[١]

وبتعبير آخر (الرجعة هل هي ابتداء نكاح أو استدامته).

فيه قولان: المعتمد أن المغلب فيه جانب القطع كما هو رأي الشافعي رحمه الله.

ومن تطبيقات هذه القاعدة:

١- لو عاشرها في العدة ثم راجعها، فالأصح وجوب مهر المثل بناءً على أنه تكييف بالقطع.

٢- لو مات أحدهما في العدة، لا يجوز للآخر أن يغسله بناءً على القطع، ويجوز كأحد الزوجين على القول بعدم القطع.

ورغم القول بأن الطلاق الرجعي يرفع النكاح، قال الفقهاء إذا مات أحدهما في الطلاق الرجعي قبل انتهاء العدة، يرثه الآخر، على أساس أن المانع من الميراث هو الطلاق البائن الذي هو يقطع النكاح بدون خلاف أو استثناء.

ونستنتج من القول بأن الطلاق الرجعي يرفع النكاح، أنه لا يلحقه طلاق آخر ولو كان أثناء العدة، كما هو ظاهر من قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾[٢] أي في وقت تبدأ العدة مباشرة بعد الطلاق. ومن البدهي أو المطلقة لا تُطلق لأنه تحصيل الحاصل، كما أنه ليس وقت العدة، لأنها في عدة الطلاق السابق، والمعتدة لا تعتد لتحصيل الحاصل أيضا، وهو مستحيل باتفاق العلماء والعقلاء.

---

[١] القواعد الفقهية للشيخ عبدالله، المرجع السابق، ص٩٤

[٢] الطلاق : ١

-٧٥-

قاعدة

(طلب الكسب الحلال فريضة بعد الفرائض)[١]

مضمون القاعدة: إن الإسلام يبغض الإنسان القادر على العمل أن يبقى بلا عمل، فعلى كل انسان قادر أن يمتهن مهنة شريفة، أو يتعلم صنعة تغنيه عن مد يده للناس والتسول، وتعينه على الإنفاق على نفسه ومن تجب عليه نفقته.

فالإنسان ليس له الجزاء والثمرة، إلا عن نتاج عمله، سواء كان ذلك بالنسبة إلى الدنيا أو الآخرة. قال تعالى: ﴿وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَانِ إِلَّا مَا سَعَى﴾[٢].

---

[١] المبسوط ٣/٢٤٥

[٢] النجم : ٣٩

(حرف الظاء)

ـ٧٦ـ

قاعدة

(الظاهر حجة لدفع الإستحقاق لا لإثباته)[١]

وهذه القاعدة تتفق في مضمونها مع قاعدة إستصحاب الحال دليل مُبقٍ لا موجب.[٢]

أي مبقٍ لما ثبت سابقاً من حقوق والإلتزامات وليس موجباً لحق جديد.

ومضمون هذه القاعدة أن ما ثبت وغلب على الظن وجوده، يُبنى عليه الحكم ويُدفع به الغير عمّا يخصّه. وقد سبق تفصيل هذه القاعدة في موضوع الإستصحاب وتطبيقاته.

وعلى سبيل المثل: المفقود تبقى حقوقه وإلتزاماته السابقة على فقده، ولكن لا يرث حقاً جديداً إذا مات بعد فقده من يرثه المفقود، بل يُحتفظ بحصته من التركة إلى أن يتبين مصيره من الحياة أو المماة، ويجب الأخذ بالإحتياط في توزيع التركة، كما في الخنثى المشكل الذي سبق تفصيله. وليس لزوجته أن تتزوج إلى أن يثبت وفاته ويُحكم به وتنتهي عدتها بعد الحكم، ويُعتبر متوفياً من تأريخ الحكم بالوفاة إذا لم يستند الحكم إلى دليل سابق.

---

[١] المبسوط ٦/٢٦

[٢] المبسوط ١١/٤٣

-٧٧-

قاعدة
(الظاهر لا يعارض البيّنة)[1]

البيّنة البرهان اللمي، أي الإستدلال بالأثر على وجود المؤثر، أو البرهان الإني، أي الإستدلال بالمؤثر على وجود الأثر.

ويُطلق الظاهر أيضاً على أي دليل آخر من أدلة الإثبات المعترف بها شرعاً أو قانوناً ويُقدم على الظاهر إذا كان أقوى منه.

وعلى سبيل المثل، إذا تعارض دليلان غير متكافئين، يُقدم الأقوى، كالتعارض بين القرآن الكريم والحديث النبوي، إذا لم يمكن الجمع بينهما.

ومن تطبيقات هذه القاعدة:

أ. إن حائز المال المملوك إذا تصرف فيه أو إستعمله أو استغله، ليس لأحد أن يعارضه، لأن الحيازة سند الملكية ودليل على شرعية الحائز لمحازه.

ب. من وضع يده على لقيط ليس لغيره أن يدعي ملكيته إلا بدليل ظاهر أقوى من وضع اليد.

---

[1] المبسوط ٢١٦/٧

-٧٨-

قاعدة

(الظرف الطارئ المرهق للمدين يبيح له طلب تعديل التزامه بما يرفع الإرهاق)

عولجت هذه القاعدة تحت عنوان (نظرية الظروف الطارئة)، ومفادها أن "الظروف الطارئة حوادث عامة غير متوقعة وغير قابلة للدفع قبل وقوعها، بحيث تجعل تنفيذ التزام المدين الناتج من عقد مستمر التنفيذ مرهقاً، ويُبرر للقاضي التدخل لتعديل الالتزام المرهق التنفيذ إلى حد معقول يرفع الإرهاق، بتقليل موضوع الالتزام كماً(مقداراً) أو كيفاً(نوعاً)".

عناصر نظرية الظروف الطارئة:

عنصر كل شيء ما يتوقف عليه وجوده، فإن كان جزءً منه يكون ركناً، وإلاّ فيكون شرطاً.

وعناصرها كما يُفهم من تعريفها هي الآتية:

أولا: أن يكون مجال تطبيقها عقداً، بأن يكون العقد هو السبب للالتزام، وكل عقد بعد صحته ونفاذه ولزومه لا يحق لأي من طرفيه فسخه، بخلاف الفاسد أو الموقوف غير النافذ أو غير اللازم (أو القابل للإبطال: وهو مصطلح الفقه الغربي) فيشمل الأنواع الثلاثة المذكورة في الفقه الإسلامي، فالفاسد للقاضي فسخه، والموقوف للطرف الذي توقف العقد لمصلحته فسخه برفضه أو إجازته، وغير اللازم يحق لكل من طرفيه فسخه في بعض العقود كالوكالة، إذا لم يتعلق بها حق للغير، أو لطرف واحد كعقد الرهن، فهو غير لازم بالنسبة للدائن المرتهن، فله فسخه، ولازم بالنسبة للطرف المدين الراهن، فلا يحق له فسخه، وكعقد الكفالة للمكفول له فسخه دون الكفيل، كما يحق للقاضي تعديل عقد الإذعان إذا كانت الشروط غير عادلة.

ثانياً: أن يكون العقد مستمر التنفيذ، بأن يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه كعقد التوريد والإجارة والمقاولة، بخلاف العقد الفوري التنفيذ كالبيع ولو كان تنفيذه مؤجلاً.

ثالثاً: أن لا يكون متوقعاً كظرف الحرب والكوارث الطبيعية، كالزلزال والبركان والفيضان والحريق، فإذا كان متوقعاً لا يكون محلاً لتطبيقها.

رابعاً: أن يكون الظرف الطارئ عاما، أما إذا كان خاصاً كإفلاس المدين وعدم تمكنه من تنفيذ التزامه، فلا يكون محلاً لتطبيق النظرية في القانون، بخلاف الفقه الإسلامي، فإنه يعتدُّ بالظرف الخاص أيضاً، سواء كان عائداً إلى أحد الطرفين أو إلى محل العقد، كما في عقد الإجارة، فيجوز فسخه لعذر خاص بالمستأجر أو المؤجر أو بالعين المؤجرة كالآتي:

أ- العذر من جانب المستأجر كأن يُصبح مفلساً غير متمكن من الوفاء بدفع الأجرة للمؤجر.

ب- العذر من جانب المؤجر كأن يلحقه دين خارج لا يستطيع قضاءه إلاّ عن طريق بيع العين المؤجرة وتسديد الدين من ثمنها، فيكون هذا عذرا طارئاً خاصاً يُبرر للمؤجر فسخ عقد الإجارة لظرفه الاستثنائي الخاص.

خامساً: أن لا يجعل الظرف تنفيذ الالتزام مستحيلاً كقوة قاهرة، وإلاّ فينفسخ العقد تلقائياً بحكم القانون، كما في هلاك محل العقد بقوة قاهرة.

آثار النظرية:

آثار نظرية الظروف الطارئة إذا توافرت الشروط المذكورة هي تعديل التزام المدين إما بزيادة مبلغ الكلفة، أو بإنقاص موضوع الالتزام كما (مقداراً) أو كيفاً(نوعاً) كتقليل المواصفات.

فلسفة نظرية الظروف الطارئة:

فلسفة هذه النظرية هي تحقيق العدالة برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وذلك بتعديله إما بتقليل الملتزم فيه كماً(مقداراً) أو كيفاً(نوعاً) كتقليل المواصفات المشروطة في العقد بالنسبة للمدين، أو بزيادة الكلفة بالنسبة للدائن.

وعلى سبيل المثل إذا تعهد المقاول مع إحدى الشركات أو الدولة بأن يقوم ببناء مؤسسة ذات نفع عام كالمستشفى والمدرسة ذات طابقين، فجعلت الظروف الطارئة التزام المقاول مرهقاً، فعلى القاضي بناءً على طلب المدين تعديل هذا الالتزام إلى الحد المعقول، إما بزيادة مبلغ كلفة البناء، أو بتقليل أصل حجم البناء والاقتصار على طابق واحد مثلاً، أو بحذف شروط بعض المواصفات ذات الكلفة الباهظة، وقد أخذ القضاء الإنكليزي بمبدأ العدالة متأثراً بالشريعة الإسلامية الذي طبقه على حالات قريبة من الحالات التي تُطبق فيها نظرية الظروف الطارئة كالآتي:

أ- إذا كان الشيء المتعاقد عليه قد تلف بعد إبرام العقد.

ب- إذا ثبت أن الطرفين قد تعاقدا بقصد الحفاظ على الشيء كما بدا لهما حين إبرام العقد، ثم زالت هذه الحالة.

ج- إذا تأخر التنفيذ بسبب لم يكن متوقعاً حين إبرام العقد وطال أمد التأخير بحيث أدّى إلى تبدل طبيعة التنفيذ تبدلاً تاماً.[1]

---

[1] ينظر الدكتور عبدالسلام الترمانيني، نظرية الظروف الطارئة، ص٣٣.
موانع المسؤولية الجزائية في الشريعة الإسلامية في التشريعات الجزائية العربية للمؤلف، ص٢٨٨ وما يليها.

-٧٩-

قاعدة

(الظلم يجب دفعه قبل الوقوع ورفعه بعده)

مضمون القاعدة: الظلم شرعا وقانوناً هو التعدي على حق الغير، فيجب دفعه، إذا أراد ظالم أن يعتدي على حق الغير، كإعداد القوات المسلحة لحماية حقوق الناس ومنع الظلم، كما يجب رفعه بعد الوقوع، كرفع يد الغاصب عن المال المغصوب، أو يد السارق عن المسروق، أو نحوهما، ومصدر شرعية هذه القاعدة قوله تعالى: ﴿وَلاَ تَعْتَدُواْ﴾[1].

ومن تطبيقات هذه القاعدة:

أ. إذا شهد شاهدان على رجل أنه قتل شخصاً خطأً، فحكم القاضي بالدّية، ثم ثبت أنه مازال على قيد الحياة، فعلى القاضي أن يُضمّن مستلم الديّة ويحكم عليه بردها، لأنها قبض غير مستحق، وهو ظلم، فيجب رفعه.

ب. من دفع مبلغاً إلى شخص ظاناً أنه مدين، ثم تبين خلاف ذلك، فيجب الحكم على القابض برده، لأنه قبض غير مستحق، وظلم فيجب رفعه.

ج. على السلطة الزمنية في كل بلد توفير القوات المسلحة من الجيش أو الشرطة لدفع كل اعتداء متوقع على المجتمع أو على الفرد.

---

[1] البقرة : ١٩٠

ـ٨٠ـ

قاعدة

(الظن لا يزول بغير ما هو أقوى منه)

ومن تطبيقاتها (الإجتهاد لا ينقض بمثله) لأن كلا الإجتهادين مبني على الظن، فنقضه به ترجيح بلا مرجح، لكن ينقض إذا ثبت أنه مخالف لنص أو نظام عام أو آداب عامة.

(حرف العين)

ـ٨١ـ

قاعدة

(العَادَةُ مُحكَّمَة)[١]

الصواب:

(العرف مُحَكّمٌ)

وخطأ هذه القاعدة واضح على من له أدنى إلمام بالأحكام الفقهية والعلاقات الدولية، فالعادة صفة ذاتية وميزة شخصية للفرد ليس لها أي دور في حل الخلافات والمنازعات بين الناس على الصعيدين الدولي والداخلي، فهي صفة داخلية أو غريزة ذاتية إرادية إذا استمرت قد تتحول إلى الإدمان كعادة تعاطي المسكرات وعادة التدخين والشذوذ الجنسي الذي قد يؤدي إلى الإصابة بمرض الأيدز. وقد تكون العادة غريزة ذاتية لاإرادية كالجوع والعطش والنوم في أوقات معينة.

أما العرف فهو وضع اقتصادي أو اجتماعي أو سياسي، يشترك فيه مجتمع من الناس يتكرر في هذا المجتمع ويستقر في القلوب وتتلقاه العقول بالقبول والرعاية في التصرفات، بحيث يُلام مخالفه أو قد يُحاسب إذا أصبح عرفا قانونياً، وبوجه خاص القانون الدولي، ويُساهم في حل الخلافات الدولية كالاختلاف في تحديد الحدود الدولية والنزاع في الأنهار التي تمر بأراضي أكثر من دولة، كالنزاع في الانتفاع بنهر الفرات المشترك بين العراق وسوريا وتركيا، وللعرف الدولي دور كبير في حل الخلافات الدولية كالخلافات والتوترات السياسية بين الدول، الأمر الذي قد يؤدي إلى قطع العلاقات الدبلوماسية أو سحب السفير. وفي الأعراف الأسرية تُحل بها الخلافات بين أفراد أسرة واحدة كاختلاف الزوجين في عائدية بعض الأثاث، والعرف يتدخل لحل هذا الخلاف، فإذا أقرّ أنه من خواص الزوج كالسلاح أو الزوجة كالحُلي، فيُحل هذا الخلاف على أساس العرف الأسري.

---

[١] مجلة الأحكام العدلية، م٣٦

فالصواب هو أن تُعدل هذه القاعدة الخاطئة الشائعة بالقاعدة الآتية:
(العرف مُحَكَّمٌ).

أي العرف عاماً أو خاصاً يجعل حكماً في الخصومات وفيما يكون متنازعاً فيه لحسم الخلاف والنزاع.

وجدير بالذكر أن بعض الباحثين[1] عرّفوا العادة بتعريف العرف، مع أن ماهيتهما تختلف في الواقع.

وبالإضافة إلى ما ذكرنا فإن ما ورد في القرآن الكريم في التعامل مع الغير إنما هو العرف فقط، ولم يرد تعبير العادة ولو مرة واحدة بالنسبة للتعامل به مع الغير في جميع المجالات.

وللعرف عناصر وأنواع وشروط تجب رعايتها في تحكيمه في الحياة العملية.

عناصره:

يؤخذ من تعريفه أنه يتكون من عنصرين (مادي ومعنوي).
العنصر المادي: هو ما يتكرر استعماله من قول أو فعل.
العنصر المعنوي (النفسي): وهو صفة التقبل والاحترام والالتزام به أدبيا أو شرعيا أو قانونيا.

أنواعه:

ينقسم العرف إلى عدة أنواع باعتبارات مختلفة ومنها:
أ- باعتبار عنصره المادي قولي وفعلي:
١/ العرف القولي هو لفظ وضع في اللغة لمعنى، ثم أُستعمل في معنىً جديد وتكرر استعماله في هذا المعنى حتى أصبح حقيقة عرفية. وعلى سبيل المثل لفظ (ولد) في لغة العرب وضع للذكر والأنثى، ثم تكرر استعماله عند العرب للذكر فقط، حتى أصبح عرفا قولياً.

---

١ كأستاذنا الدكتور عبدالكريم زيدان في كتابه الوجيز في شرح القواعد الفقهية، ص١٠٠، حيث يقول: (العادة هي تكرار الشيء ومعاودته حتى يتقرر في النفوس ويكون مقبولا عندها)، وهذا التعريف هو تعريف العرف وليس تعريف العادة كما هو واضح.

٢/ العرف الفعلي وهو إما مشروع كبيع المعاطاة وعقد الإستصناع وزيارة المرضى وتبادل الهدايا بالمناسبات وتعجيل بعض المهر وتأجيل بعضه إلى أقرب الأجلين (الطلاق أو الوفاة). وإما فاسد كالتعامل بالفوائد الربوية واحتكار السلع الاستهلاكية في الظروف الاستثنائية كظروف الحرب لبيعها بسعر أعلى من سعر السوق، وكعرف سرقفلية وهو عرف فاسد باطل.

ب- باعتبار مجال استعماله إما شرعيّ أو قانونيّ.

١- فالعرف الشرعي هو لفظ وُضع لغة لمعنى عام، ثم نُقل إلى معنى شرعي جديد خاص، كلفظ (صلاة) معناها اللغوي هو الدعاء، وفي عرف أهل الشرع عبارة عن عبادة خاصة تتضمن أقوالا وأفعالا تبدأ بالنية ولفظ (الله اكبر) وتُختتم بالسلام يمينا ويساراً.

٢- العرف القانوني هو لفظ نُقل من معناه اللغوي إلى معنى قانوني خاص أو عام، ومن العرف القانوني الداخلي لفظ (جريمة) وهي في اللغة كل محظور يتضمن ضررا على النفس أو غيرها، بينما في العرف القانوني الداخلي[1] جريمة معاقب عليها بالإعدام أو السجن، أو محظور معاقب عليه إذا أخذناها بمعناها العام.

ومن العرف الدولي العلاقات بين الدول التي بدأت بالزيارات الودية المتبادلة، ثم أصبحت حقيقة عرفية في الأمور السياسية العامة، كتبادل السفراء وقطع العلاقات الدبلوماسية واستقبال النظراء للنظراء في المطارات الدولية.

ج- باعتبار شموله إما عام أو خاص:

١- العرف العام (العرف الدولي) هو الذي لا يختص بإقليم دون إقليم. ومن الأعراف العامة الدولية المقابلة بالمثل في الميراث[2] وتسليم المجرمين السياسيين وإعادتهم إلى دولهم وقطع العلاقات الدبلوماسية واستئنافها عند وجود مبرراتها.

٢- العرف الخاص (أو العرف الإقليمي أو المحلي): وهو الذي يختص بأقاليم معينة كنوع الألبسة والأعياد ونحو ذلك، وكتعجيل بعض المهر وتأجيل بعضه في العراق إلى أقرب الأجلين (الطلاق أو الموت).

---

١ كما في المادة (٢٥) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩.

٢ المادة (١/٢١) المدني العراقي تنص على أن اختلاف الجنسية غير مانع من الإرث في الأموال المنقولة والعقارات، غير أن العراقي لا يرثه من الأجانب إلا من كان قانون دولته يُورِّث العراقي منه.

د- وباعتبار المشروعية إما صحيح أو فاسد:

١- العرف الصحيح هو الذي لا يتعارض مع النظام العام والآداب العامة ولا يجعل حلالا حراما ولا حراما حلالا في ميزان الشريعة والقانون.

٢- العرف الفاسد وهو العرف الذي يتعارض مع النظام العام أو الآداب العامة أو يتعارض مع قاعدة شرعية كتعاطي المسكرات والمخدرات ولعب القمار وأخذ سرقفلية.

هـ- باعتبار وقوعها في الوجود إما ثابتة أو متغيرة:

١- الأعراف الثابتة هي التي لا تختلف باختلاف الزمان والمكان، كعرف دفن الأموات احتراما لها واستبعادا للأضرار التي تترتب على عدم دفنها.

٢- الأعراف المتغيرة كأعراف مراسيم الزواج.

مصادر حجية العرف:

العرف حجة شرعية إذا توافرت شروطه بالقرآن والسنة والإجماع والمعقول.

١- القرآن الكريم: أمر سبحانه وتعالى في القرآن الكريم برعاية العرف في آيات كثيرة منها:

أ- قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾[1].

ب- قوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[2].

ج- قوله تعالى: ﴿لاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾[3].

د- قوله تعالى: ﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾.[4]

---

١ سورة البقرة/ ٢٢٩

٢ سورة البقرة/ ٢٢٨

٣ سورة البقرة/ ٢٣٦

٤ سورة الأعراف : ١٩٩

٢- السنة النبوية:

أ- عن الرسولﷺ: ((مَا رَآه الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ وَ مَا رَآه الْمُسْلِمُونَ سَيِّئًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ سَيِّئٌ)) [١].

ب- قالت زوجة أبي سفيان (أم معاوية) لرسول اللهﷺ: إن أبا سفيان رجل شحيح، فهل علي جناح أن آخذ ماله سرا؟. قال: (خذي أنت وبنوك ما يكفيك بالمعروف).[٢]

٣- الإجماع: أجمع فقهاء الشريعة على حجية العرف، وسند إجماعهم الآيات المذكورة والسنة النبوية.

٤- المعقول: العرف غالبا مبني على أساس من ضروريات وحاجيات ومصالح الإنسان الاجتماعية والاقتصادية والسياسية ونحو ذلك، وهي تستهدف رفع الحرج عن الناس ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [٣]. وتحقيق التيسير لهم في شتى مجالات الحياة، كما قال تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلاَ يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ [٤].

شروط العمل بالعرف:

يُشترط للحكم بمقتضى العرف وجعله حَكما في حلّ المنازعات الدولية والداخلية أن تتوافر فيه الشروط الآتية:

١- أن يكون صحيحا أي لا يخالف دليلا من الأدلة الشرعية ولا قاعدة من القواعد الأساسية ولا النظام العام ولا الآداب العامة. ومن الأعراف الفاسدة انتشار التعامل بما يسمى (سرقفلية) وهو عرف فاسد يجب على الدولة مكافحتها، والعمل بهذا العرف محرم على الطرف المالك، ولكن قد يكون مباحا بالنسبة للمضطر بناءً على ما ورد في القرآن الكريم من قوله تعالى: ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [٥].

---

١ رواه ابن عباس، وقال الإمام أحمد حديث مرفوع، رقم الحديث ٩١٥.

٢ صحيح البخاري ٢/٧٦٩ رقم ٢٠٩٧.

٣ سورة الحج/ ٧٨

٤ سورة البقرة/ ١٨٥

٥ سورة الأنعام/ ١٤٥

٢- أن يكون مطردا أو غالباً، فإن كان مضطرياً بأن يُطبق في بعض الحالات ويُترك في حالات أخرى، لا يصلح أن يكون مُحكما.

٣- أن يكون سابقا وجوده على الحادث أو التصرف أو الواقعة الذي يُطبق فيه ويُبنى عليه حكمه.

٤- أن يكون عاماً في الأحكام العامة، وخاصاً في الأحكام الخاصة.

٥- أن لا يتفق طرفا العلاقة على العمل بخلاف مقتضى العرف السائد، وإلاّ فيُقدم العمل بالاتفاق على العمل بالعرف.

٦- أن يكون ملزماً أي مكتسباً صفة الإلزام (المعروف عرفاً كالمشروط شرطا)، وإلاّ لا يصح تحكيمه.[١]

اهمية تحكيم العرف:

وقد قلّت أهمية تحكيم العرف بالنسبة للقضايا الداخلية، ورغم ذلك يستعين به القاضي والمفتي، وكذلك وسيلة من وسائل رفع غموض النصوص حين اللجوء إليه في تفسيرها.

وعلى القاضي أن يراعي العرف في القضايا الآتية:

أ- الامتناع عن سماع الدعوى عند اقترانها بما يكذبها العرف كمضي مدة التقادم، فإذا ترك المدعي المطالبة بحقه مدة يعتبرها العرف قرينة على كذبه في المطالبة بالمدعى به، على القاضي رد هذه الدعوى.

ب- أن يعمل القاضي في ضوء المعاني العرفية للألفاظ الواردة في صيغ العقود والدعاوى.

ج- عند التخاصم وعدم البيّنة، على القاضي أن يُرجح رأي من يؤيده العرف بعد تحليفه، لأنه متمسك بالظاهر.

ولتحكيم العرف دور مهم في قضايا الأحوال الشخصية والمعاملات المالية، كتقدير نفقة الزوجة والأخذ بالكفاءة والعيب الموجب للخيار، ونحو ذلك. وأهمية تحكيم العرف تبرز في حل المنازعات الدولية كالاختلاف في الانتفاع بالأنهار المشتركة والاختلاف في تحديد الحدود الدولية.[٢]

---

١ القواعد الكبرى في الفقه الإسلامي، ص٩٦.

٢ لمزيد من التفصيل يراجع مؤلفنا (أصول الفقه في نسيجه الجديد) ١/٧٧ وما يليها. ط/٢٢.

وجدير بالذكر أن قاعدة (العرف محكم) بمثابة الجنس تندرج تحته أنواعٍ متعددة، أو بمثابة الأصل تندرج تحته فروع، وفي كلتا الحالتين لا يجوز جعل الأنواع قسيمةً لجنسها لأن القيم مبايل لقيمه، وكذا لا يجوز جعل الفروع قسيمة لأصلها، لأن الفروع أخص مطلقاً والأصل أعم مطلقا، كما ذكرنا ذلك سابقا. ومن الأنواع أو الفروع المندرجة تحت قاعدة (العرف محكم) ما يلي:

١- قاعدة (الْمَعْرُوفُ عُرْفًا كَالْمَشْرُوطِ شَرْطًا). [١]

أي إن الأمور المعروفة بين الناس في المعاملات تُعتبر مشروعة عند إجرائها، فإذا جرى العقد مثلا على شيء، وكانت هناك أمور تُعتبر من لوازم العقد على أحد الطرفين حسب العرف، كانت تلك الأمور كالمشروطة صراحة في العقد، فيجب العمل بها.

ومن تطبيقات هذه القاعدة:

أ- إذا استعمل شخص مال غيره المعد للاستغلال، فعليه أجر المثل، لأن المعروف أن المُعد للاستغلال لا يُستعمل إلا مقابل أجرة.

ب- متولي الوقف يستحق أجرة المثل، ولو لم يشترط الواقف ذلك، لأن المعروف أن المتولي لا يتحمل كلفة التولية بدون مقابل.

ج- إذا قُدم ثياب لخياط حتى يقوم بخياطته، فعليه الخيوط والإزرار وسائر متطلبات الخياطة، لأن هذا هو المعروف عند الناس.

لكن إذا اختلف العاقدان على مخالفة المعروف، فالعبرة تكون بالاتفاق لا بالمعروف عرفا.

٢- قاعدة (الْمَعْرُوفُ بَيْنَ التُّجَّارِ كَالْمَشْرُوطِ بَيْنَهُمْ). [٢]

وهذه القاعدة تبحث في ما هو معروف بين التجار لا بين الناس مطلقا، فالمعروف بين التجار في معاملاتهم التجارية كالمشروط بينهم، فيلزم اعتباره ولو لم يُذكر أثناء إجراء المعاملة.

---

١ مجلة الأحكام العدلية، م٤٣

٢ مجلة الأحكام العدلية، م/٤٤

ومن تطبيقات هذه القاعدة:

أ- لو باع أحد التجار بضاعة من غير أن يُصرح بكون الثمن حالا أو مؤجلا إلى مدة معلومة أو مقسّطة (أي البيع بالتقسيط) وكان عرف التجار جاريا بأن يكون الثمن في مثل بيع ذلك الشيء بالتقسيط، حسب المدد المعروفة بينهم. فإن البيع الواقع يُعد تقسيطا إلى المدد المعروفة بينهم.

ب- إذا أمر أحد التجار شخصا ببيع أمواله، فباع المأمور المال وأرسل الثمن إلى الآمر عن طريق شخص أمين حسب ظنه، فهرب الرسول بالثمن، فإن المعروف بين التجار أن وكلاءهم يرسلون إليهم أموالهم بيد من يأتمنونه، ويترتب على ذلك أنه لا ضمان على المأمور المذكور، وإلا فعلى الضمان.

ج- إذا تعارف التجار بأن يُطرح من وزن المال المشترى نسبة مئوية، فإذا باع أحد شيئا من ذلك وجب الأخذ بتلك النسبة.

٣- قاعدة (التَّعْيِينُ بِالْعُرْفِ كَالتَّعْيِينِ بِالنَّصِّ).[١]

أي إن التخصيص عرفاً كالتخصيص نصاً، فإذا كان العرف يُخصص بعض التصرفات في الشيء، وجب مراعاة هذا التخصيص في المعاملات، كما لو نص هذا التخصيص عند إجراء المعاملات.

ومن تطبيقات هذه القاعدة:

أ- لو أعار شخص سيارة لشخص آخر، فإن ساقها في ضوء عرف نظام المرور فأحدث ضررا في السيارة، لا يكون ضامنا، وإذا خالف هذا العرف والنظام فأدّت مخالفته إلى الحاق ضرر بالسيارة أو نقص فيها يكون ضامنا.

ب- التوكيل بالبيع يُحمل عرفا على البيع بلا ضرر، لأن هذا التخصيص هو المعروف، فليس للوكيل ببيع شيء أن يُضره بالتبعيض أو ببيع نصفه.

ج- إذا كانت الإعارة مطلقة يجب على المستعير استعمال مال المعار في ضوء العرف السائد، وإلا فيكون ضامنا ومسؤولا عن الضرر الذي يُحدثه الاستعمال خلافا للعرف.[٢]

---

١ مجلة الأحكام العدلية، م/٤٥

٢ الأستاذ منير القاضي ١/١٠٨

٤- قاعدة (الْمُمْتَنِعُ عَادَةً كَالْمُمْتَنِعِ حَقِيقَةً)[١]:

أي ما كان حسب العرف من الأمور ممتنع وقوعها، فإنه يُعتبر بحكم الممتنع في الواقع ونفس الأمر.

ومن تطبيقات هذه القاعدة أن في اتهام شخص بارتكاب جريمة ويكون هذا الشخص حين ارتكابها خارج البلد، فعلى القاضي أن يرد الدعوى، لأنها كاذبة بحسب العرف فتُعتبر كذلك بحسب الواقع.

٥- قاعدة (الْحَقِيقَةُ تُتْرَكُ بِدَلَالَةِ الْعَادَةِ)[٢]:

أي إن العادة قد تكون قرينة مانعة عن إرادة المعنى الحقيقي، فيجب الأخذ بالمعنى المجازي وترك معناه الحقيقي.

من تطبيقات هذه القاعدة أن يحلف شخص بأنه لا يأكل من شجرة معينة مثلا، فإن العرف والعادة مانعة من أكل نفس الشجرة، ولذا يُصار إلى المعنى المجازي وهو ثمرة الشجرة، فيحنث إذا أكل من ثمرته.

٦- قاعدة (الْعِبْرَةُ لِلْغَالِبِ الشَّائِعِ لَا لِلنَّادِرِ)[٣]:

أي أن المعتبر في بناء الأحكام على العرف والعادة هو النظر إلى الأحوال الشائعة الغالبة الوقوع، ولا يُنظر فيها إلى الأحوال النادرة الوقوع، لأن النادر والمغلوب تابع للغالب.

ومن تطبيقات هذه القاعدة حكم القاضي بموت المفقود إذا أكمل التسعين من عمره، لأن الغالب أن الإنسان لا يعيش أكثر من ذلك، وخلاف ذلك نادر أو قليل جدا.[٤]

---

١ مجلة الأحكام العدلية، المادة (٣٨)

٢ مجلة الأحكام العدلية، المادة (٤٠)

٣ مجلة الأحكام العدلية، المادة (٤٢)

٤ الأستاذ منير لاقاضي، المرجع السابق ١/١٠٤

٧- قاعدة (إنَّمَا تُعْتَبَرُ الْعَادَةُ إِذَا اطَّرَدَتْ أَوْ غَلَبَتْ)[1]:

أي أن العرف المعتبر لا يكون حجة ما لم يكن مضطردا أو مستمرا غير منقطع، فإذا كان غير مضطرد بأن يُعمل به بعض من الزمن ويُترك في زمن آخر فلا يكون حجة.

ومن الواضح أن هذه القواعد السبع مندرجة تحت قاعدة (العرف محكم) اندراج النوع تحت الجنس أو اندراج الفرع تحت الأصل. فاستعراضها بصورة مستقلة بصفة القاعدة الرئيسة المقابلة لقاعدة (العرف محكم) يجعل النوع قسيما لجنسه أو الفرع قسيما لأصله، وهذا خطأ شائع بين الكتاب والعلماء والفقهاء، لأن المقسم أعم من كل قسم من أقسامه، سواء كان جنسا أو أصلا. وجعل القسم قسيما لمقسمه مخالف لمعايير المنطق، لأن كل قسيم مباين لقسيمه، وكل قسم أخص من مقسمه، وكل مقسم أعم من أقسامه.

وكان على الباحثين لهذه القواعد عدم استعراض كل واحدة منها بصورة مستقلة عن القاعدة الرئيسة المشتركة، كما هو المتناول في مؤلفات القواعد العامة. لأن الأسلوب المتبع في المؤلفات التقليدية هو التكرار والتكرار قبيح ولو كان مليحاً.

مصادر هذه القاعدة آيات قرآنية، منها ما يلي:

١- قوله تعالى: ﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾[2].

٢- قوله تعالى: ﴿..وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ...﴾[3].

٣- قوله تعالى: ﴿..وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ...﴾[4].

٤- قوله تعالى: ﴿..وَمَن كَانَ فَقِيراً فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ ...﴾[5].

٥- قوله تعالى: ﴿...فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ...﴾[6].

٦- قوله تعالى: ﴿..وَعلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ...﴾[7].

---

١ مجلة الأحكام العدلية، المادة (٤١)

٢ الأعراف : ١٩٩

٣ البقرة : ٢٢٨

٤ النساء : ١٩

٥ النساء : ٦

٦ المائدة : ٨٩

٧ البقرة : ٢٣٣

-٨٢-

قاعدة
(العام لا يُعمل بعمومه إلا بعد تثبيت عدم تخصيصه)

الصواب:
(العام يُعمل بعمومه ما لم يثبت تخصيصه)

هذه القاعدة الأصولية اختلف فيها علماء الأصول على أساس الاختلاف في أن دلالة العام على شمول حكمه لكل ما يندرج تحته من الأفراد، ظنية أو قطعية، كما في الإيضاح الآتي:

أ- لا خلاف في قطعية دلالته عند وجود قرينة دالّة عليها، كما في قوله تعالى: ﴿لِتَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ وَأَنَّ اللَّهَ قَدْ أَحَاطَ بِكُلِّ شَيْءٍ عِلْمًا﴾[1].
فالعقل السليم يحكم بقطعية دلالة هذه الآية على أن الله قادر على كل شيء ممكن وعالم بكل شيء، بقرينة أن خلاف ذلك نقص لله تعالى وهو منزه عن كل نقص.

ب- لا خلاف في قطعية دلالته على ما يندرج تحته من الحد الأدنى، وهو ثلاثة أو اثنان على الخلاف في أقل الجمع.[2]

ج- لا خلاف في ظنية دلالته بعد التخصيص، فدلالته على ثبوت حكمه للباقي بعد إخراج البعض بالتخصيص ظنية، لأن بابه قد فُتح فيَحتمل تخصيصا آخر.[3]

إنما الخلاف في ما عدا تلك الحالات كالآتي:

١- قال جمهور العلماء من الأصوليين والفقهاء إن دلالته ظنية لأنه ما من عام إلاّ وهو قابل للتخصيص، ولإخراج بعض أفراده من الحكم بدليل شرعي، ما لم يقم دليل على

---

١ سورة الطلاق/١٢

٢ في التبصرة لأبي اسحاق الشيرازي ص١٢٧ (أقل الجمع ثلاثة ومن أصحابنا من قال إثنان).

٣ في أصول الفقه لأبي اليسر عابدين ٦٤/١ (العام يوجب الحكم في ما يتناوله قطعا حتى يجوز نسخ الخاص به، فإن لحقه خصوص معلوم أو مجهول لا يبقى قطعيا لكن لا يسقط الإحتجاج به.

خلاف ذلك كما في الحالات المذكورة.[١]

٢- وقال البعض وفي مقدمتهم الحنفية إن دلالة العام الذي لم يثبت تخصيصه على أن الحكم ثابت لجميع أفراده دلالة قطعية، لأنه وُضع ليدل على ذلك، والمدلول لازم لدالّه، فكلما تحقق يتحقق معه بصورة قطعية، ما لم يقم دليل على خلاف ذلك.[٢]

ثمرة الخلاف:

يترتب على الخلاف في قطعية وظنية دلالة العام الآثار الآتية:

أ- على القول بأنها قطعية لا يجوز تخصيص العام بدليل ظني كحديث الآحاد أو القياس أو العرف أو مصلحة ظنية أو أي دليل ظني آخر، لأن التخصيص لرفع التعارض، ولا تعارض بين القطعي والظني لعدم تعادلهما في القوة الإلزامية، فيُترك العمل دائماً بالظني ويؤخذ بالقطعي.

وأما على الرأي القائل بظنية دلالة العام فإن تخصيصه جائز بكل دليل ظني مشروع، وهذا ما استقر عليه السلف الصالح من الخلفاء الراشدين والتابعين وخصصوا كثيرا من النصوص العامة بالأدلة الظنية رعاية لحماية الدين أو النفس أو العرض أو المال أو العقل من ضروريات الحياة ومقاصد الشريعة.

ب- على الرأي القائل بقطعية دلالة العام لا يُكلَّف الفقيه أو القاضي بالبحث عن المخصص قبل العمل بالنص العام، بخلاف ما إذا قلنا بأن دلالته ظنية، وعلى هذا يرى أكثر الأصوليين عدم جواز العمل بالعام قبل البحث والتفتيش عن المخصِص.[٣]

---

١ في جمع الجوامع وشرحه ٤٠٧/١: "دلالة العام على أصل المعنى من الواحد في ما هو غير جمع والثلاثة أو الإثنين في ما هو جمع، قطعية. وعلى كل فرد بخصوصه ظنية وهو من الشافعية لإحتماله للتخصيص وإن لم يظهر المخصص لكثرة التخصيص في العمومات".

٢ في مسلّم الثبوت ٢٠٠/١ "موجب العام قطعي فلا يجوز تخصيصه بخبر الواحد ولا بالقياس".

٣ في شرح معالم الدين في الأصول للشيعة الإمامية ص١٤ "إذا وجدنا دليلا عاما نحو (كتب عليكم الصيام) سورة البقرة/١٨٣، هل يجوز العمل به من دون البحث والفحص عن وجود المخصص أم لا؟ قال قوم يجوز الإستدلال بالعام قبل اتمام البحث في طلب الخاص، وقال قوم بعدم الجواز."

رأينا في الموضوع:

الأفقه من وجهة نظرنا هو أن دلالة العام على ثبوت الحكم الوارد فيه لجميع ما يندرج تحته، دلالة ظنية ما لم يقم دليل على خلاف ذلك، ورغم ذلك إن القاضي لا يُكلَّف بالبحث عن المخصِص قبل العمل به مطلقاً، للأسباب الآتية:

١- تخصيص فقهاء الصحابة والتابعين وكثير من أئمة الفقه، النص العام بأدلة ظنية كأخبار الآحاد والقياس والعرف والمصلحة، وهذا يدل على ظنية دلالة العام، وإلاّ لن يُخصص بما ذُكر، ولم يُعرف منهم إلزام القاضي بالبحث عن المخصِص قبل العمل بالنص العام في حالة ظنية دلالته، إذ قد يؤدي إلى ضياع حقوق الناس أو إلحاق الضرر بهم نتيجة تأخير الحكم بموجب العام، وبالإضافة إلى ذلك فإنه قد استقر رأي العلماء[١] على أن الأصل في العام هو العموم والتخصيص من الصفات العارضة والأصل فيها العدم.[٢] كما أن الأصل في المطلق هو الإطلاق حتى يثبت دليل التقييد.

٢- استلزام الدال لمدلوله يختلف عن استلزام العام لثبوت حكمه لجميع أفراده، لأن أساس الأول وضع الدال لمدلوله، وأما الثاني فهو عمل اجتهادي واستنتاجي، وقد خلط الحنفية بين هذين الأمرين في استدلالهم المذكور.

٣- كثير من النصوص العامة في القرآن الكريم مخصصة بأحاديث الآحاد، وهي ظنية كتخصيص عموم الرجال والنساء في قوله تعالى: ﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَفْرُوضًا﴾[٣]، بدليل قول الرسولﷺ: (لا يرث القاتل) [٤] وقوله (لا يتوارث أهل الملتين)[٥] وهما من أحاديث الآحاد وهي ظنية الثبوت.

---

١ في الإبهاج شرح المنهاج ١٦٩/٣ (النوع الثاني من الإستصحاب العموم إلى أن يرد مخصص وهو دليل عند القائمين به).

وفي جمع الجوامع وشرحه ٢٢١/٢ (واستصحاب العموم أو النص إلى ورود المغير من مخصص أو نسخ حجة جزما فيُعمل بهما إلى وروده).

٢ مجلة الأحكام العدلية م ٩ (الْأَصْلُ فِي الصِّفَاتِ الْعَارِضَةِ الْعَدَمُ)

٣ سورة النساء /٧

٤ رواه أبو داود٢٥٨١، رواه مالك في الموطأ وأحمد وابن ماجه٢٥٨٢.

٥ المصنف، كتاب أهل الكتاب.

-٨٣-

قاعدة

(العبرة بعموم النص لا بخصوص السبب)[1]

إذا شرع نص عام لسبب خاص أو مناسبة خاصة، فالعبرة بعموم النص لا بخصوص السبب ما لم يقم دليل على خلاف ذلك، كما في حديث خيار الغبن، فعندما اشتكى إلى الرسول ﷺ أهل حبان بن منقد بأنه يخدع في المعاملات المالية، فقال لحبان: (إذا بايعت فقل لا خلابة[2]، ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال، فان رضيت فامسك وان سخطت أردد[3]. فاستنتج فقهاء المسلمين والقانون من هذه القاعدة العامة - رغم ورودها لسبب خاص - أصلاً من أصول المعاملات المالية، وهو أن كل من قام بتدليس (تغرير) الغير بان استعمل معه طرقاً إحتيالية لإيقاعه في الغلط أو استمراره على الغلط الذي وقع فيه لدفعه إلى التعاقد وترتب على ذلك غبن فاحش، يحق للمغبون الخيار بين إمضاء العقد مع قبول الضرر وبين فسخه واسترداد الثمن أو المبيع حسب كونه بائعاً أو مشترياً.

ترك الاستفصال في حكاية الحال مع قيام الاحتمال ينزل منزلة العموم في المقال:

إذا شرع نص عام لمعالجة حكم تصرف أو واقعة، ولم يتضمن شروطاً أو قيوداً لتطبيقه، لا يجوز للفقيه أو القاضي أو المفتي أن يستحدث باجتهاده شروطاً أو قيوداً له، لأن السكوت في معرض الحاجة بيان، فلو كان هناك شرط أو قيد لذكر مع النص، مثل ذلك أن الشريعة الإسلامية أقرت بصورة عامة صحة زواج غير المسلمين إذا أسلما أو أسلم الزوج فقط وكانت

---

[1] هذه القاعدة هي قاعدة السادسة عشر الواردة في القواعد والأصول الجامعية للدكتور عبدالرحمن بن ناصر السعدي.

[2] الخلابة بكسر الخاء: الخدعة.

[3] سبل السلام ٣/٤٥.

زوجته كتابية[1] ، فلا يطلب منهما تجديد الزواج بعد الإسلام، ولا يحق للقاضي أن يسأل عن توافر شروط زواج المسلمين في هذا الزواج كحضور شاهدين وإذن الولي والكفاءة والمهر وغير ذلك، بل يكفي للاعتراف بصحة وبقاء زواجهما قبل الإسلام خلوه من محرمات الزواج كالنسب أو الرضاع أو المصاهرة أو حق الغير أو الجمع بين الأختين.

وحكمة ذلك: أن الزوجين غير المسلمين إذا طلب منهما تجديد الزواج، أو الشروط المطلوبة في زواج المسلمين عدا محرمات الزواج، فان ذلك قد يصبح حجر عثرة أمام إسلامهما.

وروي عن الضحاك بن فيروز عن أبيه، قال: (قلت يا رسول الله إني أسلمت وتحتي أختان، فقال رسول الله ﷺ : طلق أيتهما شئت)[2].

وعن سالم عن أبيه عبد الله بن عمر، أن غيلان بن سلمة اسلم وله عشر نسوة فاسلمن معه فأمره النبي ﷺ أن يتخير منهن أربعاً[3].فلم ينقل عن الرسول ﷺ أنه طلب شروطاً أخرى لاستمرار الزواج، وترك الاستفصال دال على أنه لا فرق بين أن قد تمت العقود عليهن معاً أو على الترتيب.

الفرق بين العام والمطلق[4]

بين هذين المصطلحين الأصوليين فروق جوهرية من حيث الماهية والأحكام كما ذكرنا كثيرا منها سابقا، ونضيف اليها هنا ما يلي:

أ- الذي يؤخذ بنظر الاعتبار في المطلق هو ماهيته بغض النظر عما يندرج تحت هذه الماهية من الأنواع أو الأصناف أو الأفراد أو الأجزاء، في حين أن المهم المعتبر في العام هو ما يندرج تحته من الأفراد المشمولين بالحكم الوارد في النص.

---

[1] فتح القدير ٣/٤٢٢.

[2] وفي رواية (قال لفيروز الديلمي وقد اسلم على اختين: اختر ايتهما شئت، وفارق الاخرى). اخرجه الإمام احمد في مسنده ٤/٢٣٢، وابو داود، كتاب الطلاق ٢/٢٨٠.

[3] المرجع السابق. فقال له (امسك أربعاً وفارق سائرهن)، الحديث أخرجه الإمام احمد ٢/١٣، وابو داود، كتاب الطلاق ٢/٧٩ ولم يسأل فيروز ولا غيلان عن كيفية العقد هل كان معا أو على التعاقب). ومن الواضح أن مثل هذا العقد. إذا كان معا فالكل باطل وإذا كان على الترتيب فالثاني في الاختين باطل، والزواج الخامس في اكثر من أربع باطل إذا تم كل ذلك في الإسلام.

[4] لمزيد من التفصيل، راجع تهذيب الفروق، هامش الفروق ١/١٧٢، إرشاد الفحول، ص١١٤.

ب- العام عمومه شمولي وعموم المطلق بدلي، فالعموم الشمولي كلي يحكم فيه على كل فرد دفعة واحدة، أما العموم البدلي فهو كلي من حيث انه لا يمنع تصور مفهومه من وقوع الشركة فيه، ولا يحكم فيه على كل ما يندرج تحته إلا على سبيل البدل والمناوبة لا دفعة واحدة، وعلى سبيل المثل والإيضاح لفظ (جريمة) مطلق موضوع لماهية، وهي فعل محظور معاقب عليه بغض النظر عن نوع أو صنف أو فرد الجريمة، في حين أن لفظ (السارق) عام موضوع لكل إنسان بالغ عاقل مختار اخذ مالا منقولا مملوكا للغير في حرز مثله بقصد جنائي، ففي المطلق ينظر إلى الماهية، وفي العام ينظر إلى الأفراد.

جـ-صيغ العموم محددة ومحصورة لغة أو شرعاً أو عرفاً بخلاف صيغ المطلق.

ورغم هذه الاختلافات فان كلا منهما مشترك معنوي، لأنه موضوع لقدر مشترك بين ما يندرج تحته من الأنواع أو الأصناف أو الأفراد أو الأجزاء ويتناوله دفعة كما في العام أو على سبيل التناوب كما في المطلق.

-٨٣-

قاعدة
(العدل واجب في كل شيء والفضل مسنون)[١]

الصواب:

(العدل واجب في كل شيء والإحسان مستحب)

وجه تعديل القاعدة هو رعاية التطبيق مع القرآن العظيم، حيث قال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالإِحْسَانِ ...﴾[٢].

العدل هو اعطاء كل ذي حق ما يستحقه من ثواب أو عقاب، والإحسان هو اعطاء الشخص أكثر أو أقل مما يستحقه لما يُحيط بالواقعة أو بشخص الفاعل من الظروف المشددة أو المخففة.

ومصدر هذه القاعدة آيات كثيرة في القرآن العظيم، منها:

١- قوله تعالى: ﴿..وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾[٣].

٢- قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُواْ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِ وَلَئِن صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِّلصَّابِرينَ﴾[٤].

٣- قوله تعالى: ﴿وَجَزَاء سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ﴾[٥].

٤- قوله تعالى: ﴿... وَلاَ تَنسَوُاْ الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ ...﴾[٦].

---

[١] هذه القاعدة هي قاعدة السادسة عشرة الواردة في القواعد والأصول الجامعية للدكتور عبدالرحمن بن ناصر السعدي.

[٢] النحل : ٩٠

[٣] الحجرات : ٩

[٤] النحل : ١٢٦

[٥] الشورى : ٤٠

[٦] البقرة : ٢٣٧

٥- قوله تعالى: ﴿..وَأَن تَصَدَّقُواْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ﴾[١].
٦- قوله تعالى: ﴿وَلَا تَسْتَوِي الْحَسَنَةُ وَلَا السَّيِّئَةُ ادْفَعْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ فَإِذَا الَّذِي بَيْنَكَ وَبَيْنَهُ عَدَاوَةٌ كَأَنَّهُ وَلِيٌّ حَمِيمٌ﴾[٢].

ومن تطبيقات هذه القاعدة:

إن الجاني إذا ارتكب جريمة حُددت لها عقوبة محددة، فإذا حُكم عليه بهذه العقوبة، فهو عدل، لكن إذا عوقب بأخف منها رعاية للظروف الشخصية للجاني، من كونه ماضيه أبيض أو شيخوخته أو نحو ذلك، فهو إحسان. وجدير بالذكر أن فقهاء القانون سمّوا ما سمّاه القرآن إحساناً، العدالة. وقالوا إن الفرق بين العدل والعدالة، هو أن العدل هو الحكم على الشخص بما يستحقه، والعدالة هو الحكم عليه بأقل مما يستحقه.

ونرى أن هذا الفرق غير دقيق، لأن المادة الأصلية لكلٍ من العدل والعدالة هي (ع.د.ل)، ومادامت المادة الأصلية واحدة، فإنها لا يتغير معناها بكون الصيغة مجرداً عن زيادة أو أضيفت إليها زيادة. وجدير بالذكر أن أكثر قوانين العقوبات تتضمن حدين للعقوبات، الحد الأعلى والحد الأدنى، وأحياناً القانون يُحدد حداً ويُعطي للقاضي السلطة التقديرية للحكم بما هو غير محدد.

والحاصل إن العدل هو الحكم بما هو محدد، وبخلاف ذلك إذا كان الحكم من صالح المتهم يُسمى إحساناً في القرآن وعدالةً في القانون.

---

[١] البقرة : ٢٨٠
[٢] فصلت : ٣٤

-٨٤-

قاعدة

(العذر لا يُبرء الذمة في ترك واجب خلافاً لفعل محظور)

ومن تطبيقات هذه القاعدة:

أ- من نسي أو جهل، صلّى وهو محدث، أو تارك لركن من أركان الصلاة، ثُم عَلِم بذلك، فعليه إعادة صلاته. أما إذا صلّى وعلى بدنه أو ثوبه نجاسة لا يعلمها، فلا إعادة عليه.

ب- من أكل أو شرب في نهار رمضان، ظانّاً بقاء وقت تناول الطعام، ثم تبين له طلوع الفجر، فصيامه صحيح لا يحتاج إلى الإعادة.

ج- لو ترك شيئا من واجبات الحج مثلاً، جهلاً أو نسياناً، فعليه دمٌ أي كفارةٌ، لأنه ترك مأموراً به.

-٨٥-

قاعدة

(العقد العيني لا ينعقد إلا بالقبض)

الصواب:

(العقد العيني لا يتم من حيث الآثار إلا بالقبض)

وهذه القاعدة يشمل قاعدة (التبرع لا يتم إلا بالقبض) ايضاً.

العقد هو إرتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين لقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه والعاقد، وهو إما شكلي لا ينعقد إلا بالطريقة التي حددها القانون في العقار، فإنه لا ينعقد بمجرد الإيجاب والقبول، بل يجب تسجيله في الدائرة المختصة (التسجيل العقاري)، كما في المادة (٥٠٨) المدني العراقي النافذ، والمادة (٣) من قانون التسجيل العقاري العراقي النافذ.

وإما عقد رضائي وهو الذي ينعقد بمجرد الإيجاب والقبول، كما في بيع المنقولات.

وأما العقد العيني فهو وسط بين العقد الشكلي والعقد الرضائي، فيشترط فيه بالإضافة إلى الإيجاب والقبول، القبض بالنسبة لإنتقال الحقوق، أما الإلتزامات فهي تترتب بمجرد الإيجاب والقبول.

والعقد العيني عبارة عن (هبة المنقول، الإعارة، القرض، الرهن، والوديعة)، فكل عقد من هذه العقود زعم علماء القانون وبعض فقهاء الإسلام بأنه لا ينعقد إلاّ بقبض محل العقد ألذي هو عين من الأعيان، لذا سُمي العقد العيني.

وبناءً على الزعم المذكور أُعتُبر قبض محل العقد ركناً من أركانه. كما ورد في المادة (٦٠٣) من القانون المدني العراقي القائم: (لا يتم هبة المنقول إلا بالقبض)، ففُسر (لا يتم) في هذه المادة بـ(لا ينعقد)، وهذا ما ذهب إليه شراح القانون المدني العراقي النافذ.

في حين أن المعنى الحقيقي للقاعدة هو أنه (لا يتم العقد العيني من حيث الآثار لا من حيث العناصر)، ففي العقود المذكورة لا تترتب جميع آثارها وهي الحقوق والالتزامات، وإنما تنشأ هذه العقود صحيحة بمجرد التراضي ألذي يدل عليه الإيجاب والقبول من العاقدين،

وتُنشئ الالتزامات، أي التزام الواهب بتسليم الموهوب للموهوب له، والتزام المدين الراهن بتسليم المرهون إلى الدائن المرتهن، والتزام المُعير بتسليم العين المُعارة إلى المستعير، والتزام المقرض بتسليم محل القرض إلى المقترض، والتزام المودع بتسليم الوديعة إلى المودع لديه.

ولكن لا تنقل هذه العقود الحقوق، أي لا تتم آثارها، فينشأ بعض منها (الالتزامات) ويتوقف البعض الآخر (الحقوق) على القبض. فليس للدائن المرتهن أن يبيع المال المرهون لاستفاء دينه من ثمن بيع المرهون إلا بعد القبض، وكذا لا يحق للموهوب له التصرف في المال الموهوب ولا للمقترض التصرف في مبلغ القرض ولا للمستعير الانتفاع بالعين المعارة إلا بعد القبض، وهكذا..

فقاعدة (العقد العيني لا ينعقد إلا بالقبض) انتشرت خطأً بين علماء القانون وبعض الفقهاء، فالصواب أن تعدل القاعدة بالآتي:

(العقد العيني لا يتم من حيث الآثار إلا بالقبض) أي لا تتم آثاره من الحقوق والالتزامات جميعا، بل تنشأ الالتزامات دون الحقوق.

-٨٦-

قاعدة

(العقل والنقل صنوانِ كل منهما يُكَمِّل الثاني)[1]

العقل والنقل صنوان أي مجاوران، أو ينبعان من عين واحدة.[2]

أ- العقل:

العقل في اللغة هو الحجر والنهي، لأنه يمنع صاحبه من العدول عن سواء السبيل.
والجمهور يُطلق العقل على ثلاثة أوجه:[3]

١- يرجع إلى وقار الإنسان وهيئته، ويكون حده أنه هيئة محمودة للإنسان في كلامه واختياره وحركاته وسكناته.

٢- يراد به ما يكتسبه الإنسان بالتجارب من الأحكام الكلية، فيكون حده أنه معانٍ مجتمعة في الذهن تكون مقدمات تُستنبط بها الأغراض والمصالح.

٣- يراد به صحة الفطرة للإنسان، فيكون حده أنه قوة تُدرك صفات الأشياء من حُسنها وقُبحها وكمالها ونقصانها.

وعند علماء الطبيعة العقل قوة في مقدمة الدماغ وظيفته تنظيم إدراكات وحركات الإنسان، بحيث يتميز من سائر الحيوانات. وهذا المعنى هو الراجع عندنا.

والعقل عند الفلاسفة يُطلق على المعاني التالية:

١- جوهر بسيط مدرك للأشياء بحقائقها.

٢- العقل قوة النفس التي بها يحصل تصور المعاني وتأليف القضايا والأقيسة.

---

[1] هذه القاعدة تُنسب إلى الفيلسوف الإسلامي الإمام الغزالي (رحمه الله)، ولكن لم أجد مرجعاً يُشير إلى ذلك.

[2] المنجد، مادة (ص ن و)

[3] معيار العلم للغزالي ص١٦٢.

مراتب العقل:[1]

للعقل أربع مراتب عند الفلاسفة:

١- **العقل الهَيولاني:**[2] وهو الاستعداد المحض لإدراك المقولات. وإنما نُسب إلى الهيولا، لأن النفس في هذه المرتبة تشبه الهيولا الأولى الخالية في حد ذاتها من الصور كلها. والعقل الهيولاني مرادف للعقل بالقوة[3]، وهو العقل الذي يشبه الصحيفة البيضاء التي لم يُنقش عليها شيء بالفعل، كقوة الطفل الصغير على القراءة والكتابة قبل تعلمه القراءة والكتابة.[4]

٢- **القوة الممكنة[5] (العقل بالملكة):** وهو العلم بالضروريات (البدهيات) واستعداد النفس لذلك لاكتساب النظريات.

٣- **القوة الكمالية (العقل بالفعل):** وهو أن تصير النظريات مخزونة عند القوة العاقلة بتكرار الاكتساب بحيث يحصل لها ملكة الاستحضار متى شاءت من غير تجشم كسب جديد. فإذا انطبعت المعقولات في الهيولا، أصبح عقلاً بالفعل وصارت القوة الكمالية هي معقولات بالفعل، كالصحيفة التي تكون رسالة بالقوة قبل أن يُكتب عليها، ثم رسالة بالفعل بعد الكتابة، ويُعتبر العقل في هذه الحالة عقلاً بالفعل بالنسبة إلى ما قبله من الصور.

٤- **القبول بالفعل(العقل المستفاد):** وهو أن تكون النظريات حاضرة عند العقل لا تغيب عنه.

---

[1] المعجم الفلسفي، الدكتور جميل صليبا، ص٨٤ وما يليها.
التعريفات للشريف علي محمد الجرجاني، ص١٥١ وما يليها.

[2] وهو قوة في النفس مُعدّة لإنتزاع صور الموجودات وماهياتها من المواد، وهو استعداد دائم لقبول المعاني من الصور التي تنقلها إليه الحواس الخمس الظاهرة، كالصحيفة البيضاء التي لم يُخط عليها شيء ولكنها مهيأ لقبول أي شكل. أو كالشمعة الطرية الخالية من كل نقش، لكنها قابلة لكل ما يُمكن أن يُنقش عليها.

[3] وهو قوة في النفس معدة لأنتزاع الصور الموجودة في خارج الذهن.

[4] ابن سينا، النجاة، ص١٦٥.

[5] وفيها تكون القوة استعداداً لم يخرج منها شيء إلى حيّز الفعل دون محاولة استخدامها لإخراجها إلى حيّز الفعل. كقوة الصبي على الكتابة بعد أن ترعرع وعرف القلم وبسائط الحروف، فالعقل الهيولاني قد حصل فيه شيء من المعقولات الأولى.. (ابن سينا.. المرجع السابق).

وفوق العقل الإنسان عند الفلاسفة يوجد العقل الفعّال الذي تفيض عنه الصور على عالم الكون والفساد، فتكون موجودة فيه من حيث هي فاعلة. أما في عالم الكون والفساد فهي لا توجد إلا من جهة الانفعال، وإذا أصبح عقل الإنسان شديد الاتصال بالعقل الفعال، تكون نسبة العقل الفعال إلى العقل الإنساني، كنسبة الشمس إلى العين التي هي بصر بالقوة، مادامت في الظلمة، وكما أن الشمس هي التي تجعل العين بصراً بالفعل، والبصرات مبصرات بالفعل بما تعطيها من الضياء، كذلك العقل الفعال هو الذي جعل العقل الذي بالقوة عقلا بالفعل.[1]

العقل من حيث الأهمية نعمة أنعمها الله على البشر جميعاً، وإنما اختلاف الناس من حيث الاستثمار وعدم الاستثمار لها.

أسباب عدم استثمار العقل:

وهي كثيرة منها:

١- الشعور بالضعف.

٢- فقدان الثقة بالذات والقدرة والإمكانية.

٣- مقاومة ضغوط من حوله.

٤- فقدان الإنسان إيمانه بنفسه لا يُبقي منه إلا قشرة خاوية.

٥- ما قيمة ثروة يملكها شخص دون استثمارها.

٦- ما قيمة سلطة لا يعترف صاحبها بها.

من تأخذه هيبة البحث عن حقيقة معينة، لا يستطيع كشفها إذا حكم على نفسه مسبقاً بالعجز والفشل.

ب- النقل:

هو تحويل شيء من مكان إلى آخر، أو من شخص إلى آخر، ويُطلق على نقل العواطف ونقل القيم ونقل الإحساسات.

---

[1] الفارابي، إعلام الفكر العربي، ص١٢٦.

لكن المراد بالنقل هنا، المنقول من كلام صادر من مصدر ينتقل من جيل إلى جيل آخر أو من شخص إلى شخص آخر.

وجدير بالذكر إن المنقول من الغير إخبار عمّا وقع سابقاً، فإذا كان مطابقاً له يُسمى صدقاً، وإلاّ فيُسمى كذباً. وإذا كان الواقع مطابقاً للمنقول يُسمى حقاً، وإلاّ فيسمى باطلاً.

فالصدق والحق متحدان بالذات ومتغايران بالاعتبار، كما أن الكذب والباطل كذلك.

فلسفة حاجة كل من العقل والنقل إلى الآخر:

أ- العقل قاصر أيّاً كان استعداده وخبرته وقوته، فلا يستطيع أن يُحيط بكل شيء على حقيقته، لذا يحتاج إلى النقل بالنسبة لما ليس باستطاعته إدراك غايته ككثير من أحكام الله ليس باستطاعة عقل الإنسان إدراك فلسفتها وغايتها لولا الوحي الإلهي. وعلى سبيل المثل ليس بإمكان العقل إدراك أن عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام، لو لم يرد ذلك في القرآن الكريم.

ب- أما حاجة النقل إلى العقل فهي تكون من الأوجه الآتية:

أولا: في المعاملات:

١- **إذا كان المنقول قطعي الثبوت والدلالة على الحكم**، فإن حاجته إلى العقل قليلةٌ. وعلى سبيل المثل قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ﴾[1]. ثبوته قطعي لأنه متواتر، ودلالته على النصيب المحدود قطعيةٌ أيضاً، فإدراك الإنسان لهذا الحكم قد لا يحتاج إلى الاجتهاد العقلي، بناء على قاعدة (لا مساغ للاجتهاد في مورد النص).

٢- **قطعي الثبوت وظني الدلالة**: كما في قوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَآؤُوا فَإِنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾[2]. فهذه الآية من حيث الثبوت قطعية لأنها متواترة، أما من حيث الحكم الذي يترتب على الإيلاء (وهو أن يحلف الزوج بأن

---

[1] النساء : ١٢

[2] البقرة : ٢٢٦

لا يُعاشر زوجته جنسياً مطلقاً أو إلى أربعة أشهر فما فوق) ظنية. فيحتاج هذا الحكم المنقول إلى الاجتهاد العقلي لتحديد الحكم المراد من هذا التصرف.
وقد اختلفت عقول المجتهدين في تحديد هذا الحكم، فقال الحنفية[1]: يقع طلاقه بانتهاء الساعة الأخيرة من المدة المحددة بأربعة أشهر، لقوله تعالى في نفس الآية ﴿وَإِنْ عَزَمُواْ الطَّلَاقَ﴾[2]، فكأن هذا التصرف من الزوج بمثابة صيغة الطلاق.
وقال جمهور الفقهاء: إذا انتهت المدة تُخير الزوجة بين مراجعة القضاء والمطالبة بالتفريق إذا أبى الزوج أن يُعاشرها أو يُطلقها.[3]
بينما ذهب البعض[4] إلى أن الزوج يُسجن إلى أن يرجع إلى معاشرة زوجته بصورة شرعية أو أن يُطلقها، أو يموت في السجن.
فظنية دلالة الآية على حكم من الأحكام المذكورة تحتاج إلى استخدام عقل المجتهد لتحديد واحد من هذه الإحكام أو ترجيح أحدها على الأحكام الأخرى.
وجدير بالذكر أن فقهاء المالكية ذهبوا إلى أنه يتحقق الإيلاء ويترتب عليه أحكامه بدون الحاجة إلى أن يحلف الزوج في الامتناع عن معاشرة زوجته، لأن الامتناع عن المعاشرة بصورة مطلقة ظلم، سواء حلف الزوج أو لم يحلف، فواجب القاضي هو رفع الظلم.

٣- **المنقول إذا كان ظني الثبوت يكون من أخبار الآحاد**، ولكن رغم ذلك قد تكون دلالته على الحكم قطعية، كما في قول الرسول (ﷺ) ((أعطوا الجدة السدس))[5].
فهذا المنقول ظني الثبوت لأنه من أخبار الآحاد، فيحتاج إلى الاستدلال العقلي على صحته، ولذا طلب أبوبكر الخليفة الأول(ﷺ)، حين أراد أن يقضي به، من الراوي أن يأتي بشاهد آخر من الرواة على أنه قول الرسول. أما من حيث المدلول وهو السدس، فلا يحتاج إلى الاجتهاد العقلي، لأن هذه الكمية لا تحتمل الزيادة والنقص.

---
[1] شرح فتح القدير ٣/١٨٣. تحفة الفقهاء للسمرقندي ٢/٣٠٨.
[2] البقرة : ٢٢٧
[3] الأنوار في الفقه الشافعي ٢/٢٩٠. البحر الزخار في الفقه الزيدي ٣/٢٤٤.
شرح النيل في الفقه الأباضي ٣/٤٤٨. الإنصاف في الفقه الحنبلي ٩/١٦٩.
[4] كالجعفرية، شرائع الإسلام ٢/٨٤. والظاهرية، المحلى ١٠/٤٢.
[5] عوالي مالك بن أنس للخطيب البغدادي، أعطاها السدس.. حديث مرفوع.

٤- **كون المنقول ظني الثبوت لكونها من أخبار الآحاد**، وظني الدلالة لأن المدلول يفيد معنىً عاماً غير محدد، كما في قول الرسول (ﷺ) ((لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ))[1]، أي لا تبع مالاً ليس مقبوضاً ولا موجوداً تحت تصرفك بالفعل، حذرا من الضرر المتوقع. فهذا المنقول ظني الثبوت، لأنه من أخبار الآحاد[2]، فيحتاج إلى استخدام العقل لإثباته بأدلة أخرى. وكذلك لفظ (ما) في هذا المنقول اسم من الأسماء الموصولة يفيد العموم لذاته، فيحتمل أن يكون المراد به المال المنقول أو يراد به من المنقول الطعام، لأنه معرض للفساد والتلف بسرعة، فيُضـر التأخير في القبض والإقباض بأحد العاقدين أو كليهما، أو أن المراد به المال مطلقاً، سواء كان منقولاً أو عقاراً، وسواء كان المنقول طعاماً أو غيره. فتحديد معنى من هذه المعاني أو الأخذ بجميعها أو ترجيح واحد منها على غيرها، يحتاج إلى اجتهاد عقلي لتحديد المراد من هذا الحديث النبوي.

ثانيا: في المعتقدات:

العقل البشري وحده يتكفل بإيصال الإنسان إلى حقيقة الدين وأصوله عن طريق الاجتهاد، فالإيمان بالله وبما يتفرع عنه، من أصول الدين، ولا يجوز التقليد في أصول الدين، بل يقوم العقل للوصول إلى هذا المعتقد بالاستدلال بالأثر على وجود المؤثر، أي كالاستدلال بهذا الكون العظيم المتقن المنظم على وجود خالق يكون وحده علّة لوجوده.

ومن يزعم أن الكون من خلق الطبيعة، فيُسأل هل الطبيعة موجودة أو معدومة؟

ومن البدهي أنه لا يستطيع أن يقول إنها معدومة، لأن المعدوم لا يخلق الموجود. ثم لا يستطيع أن يقول بأن الطبيعة جزء من الكون، لأنها إذا كانت خالقة للكون، تكون خالقة لنفسه أيضاً، لكونها جزءً منه، وهو باطل بداهةً.

---

[1] رواه الترمذي (١٢٣٢) والنسائي (٤٦١٣) وأبو داود (٣٥٠٣) وابن ماجه (٢١٨٧) وأحمد (١٤٨٨٧) وصححه الألباني في إرواء الغليل (١٢٩٢).

[2] رواه حكيم بن حزام قال: قلت يا رسول الله، ياتيني رجل يسألني البيع لما ليس عندي، فابيعه منه، ثم أبتاعه من السوق؟ فقال: ((لا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ)).
الإسلام قبل المذاهب عقيدة وشريعة، ص١٣٦

ثم إن الطبيعة بمجردها لا تستطيع القيام بهذا الشأن العظيم، ما لم تكن مُتّصفة بصفات يستلزم هذا الخلق وجودها. كما أن النجار رغم مهارته وخبرته، لا يستطيع أن يحول لوحة خشبية إلى أثاث البيت بدون المنشار والمطرقة والمسمار ونحو ذلك. فكذلك الطبيعة لا تستطيع أن تقوم بخلق شيء، ما لم يكن متمتعة بالإدراك والعلم والإرادة والقدرة ونحو ذلك من الصفات الذاتية للخالق.

وبناءً على ذلك، العقل عن طريق هذا الاستدلال ونحوه يصل إلى اليقين بوجود الخالق، واليقين هو الاعتقاد الجازم الثابت المطابق للواقع بذات الله وبما يتفرع عنه من الإيمان بسائر المغيبات. فالإيمان غير مقبول إذا كان مكتسباً عن طريق تقليد الآباء أو الغير، أو عن طريق القرآن الكريم والرسول(ﷺ)، لأن الإيمان بالقرآن والرسول لا يحصل إلا بعد الإيمان بالله، ولو توقف الإيمان بالله على الإيمان بهما، للزم توقف الشيء على ما يتوقف عليه، وهو يستلزم توقف الشيء على نفسه، وتوقف الشيء على نفسه يستلزم تقدم الشيء على نفسه، وهو باطل، والمستلزم للباطل باطل.

بخلاف الفروع في الدين، كالصلاة والصيام وأركانهما وشروطهما، والحلال والحرام، فإنها يجوز فيها التقليد والاكتفاء بالعمل بها بناءً على أصل التقليد، وهو أخذ الرأي أو الحكم من الغير دون معرفة دليله.

-٨٧-

قاعدة

(على اليد ما أخذت حتى تؤديه)[1]

والمقصود: (على اليد ما أخذت مثلاً أو قيمةً)

فهذه القاعدة انتشر فهمها خطأ، فيجب توضيحها بالآتي: (على اليد ما أخذت مثلاً أو قيمةً).

وسبب هذا التوضيح هو وقوع أخطاء كثيرة في تفسير هذه القاعدة، كالآتي:

أ- منهم[2] من فسّر الأخذ بطريقة غير مشروعة كالغصب والسرقة، فعلى الغاصب رد المغصوب إلى صاحبه، وعلى السارق رد المسروق إلى المسروق منه وهكذا، وهذا خطأ، لأن المراد بالمأخوذ الذي استقر في ذمة المدين عام يشمل الأخذ بطريقة غير مشروعة كالمثالين المذكورين، والأخذ بطريقة مشروعة كالديون التي تتعلق بذمة الإنسان بسبب المعاوضات أو القرض أو نحو ذلك. فمن اقترض مبلغا قبل خمسين سنة مثلا فإذا أراد اليوم الوفاء برد هذا القرض يجب عليه تقدير قيمته بالذهب يوم إنشاء التزام المقترض. وكذلك من اشترى مالا فتأخر ثمنه إلى أن تغيرت العملة العراقية مثلا وتحولت من كونها مثلية إلى كونها قيمية، فيجب تقدير مبلغ الثمن يوم الوفاء بقيمة الذهب يوم نشأة الالتزام. لأن مثل الشيء ما يساويه صورة ومعنى. ومن الواضح أن النقود من المثليات وصورتها واضحة، وأما قيمتها فهي عبارة عن قوتها الشرائية. فالدينار العراقي تحول من كونه مثليا إلى كونه قيميا بعد أن انخفضت قوته الشرائية في

---

[1] هذه القاعدة مصدرها الحديث الشريف، وجاء فيه ((على اليد ما أخذت حتى تؤديه)) رواه أبوداود في سننه ٣١٨/٢، كتاب البيوع، باب في تضمين العارية، رقم الحديث ٣٥٦١. وزيادة (حتى تؤديه) من رواية ابن ماجة في سننه، ٨٠٢/٢، رقم الحديث ٢٤٠٠.

[2] كأستاذنا الدكتور عبدالكريم زيدان في كتابه الوجيز في شرح القواعد الفقهية. ص١٩٤.

التسعينان من القرن العشرين أكثر من مئة ضعف. ولذلك تحول إلى القيمي، فيجب تقدير قيمته اعتبارا من يوم نشأة الالتزام.

ب- ومنهم[1] من ظن أن هذه القاعدة مبنية على قاعدة (الغنم بالغرم)، وهذا خطأ لأنه لا توجد صلة بين القاعدتين، فقاعدة (الغنم بالغرم) مصدرها قول الرسولﷺ لأحد أصحابه حين اشترى عبدا فوجد فيه بعد مدة عيباً يُبرر فسخ العقد ففسخه وأعاده للبائع، فطلب منه البائع أن يرد له ما انتفع به من جهود هذا العبد خلال فترة وجوده تحت ملكية المشتري، فقال الرسولﷺ: هو ليس ضامنا لما انتفع به من هذا العبد، لأنه لو هلك عند المشتري لهلك عليه، فغُنمه له مقابل هذا الغرم. فأين العلاقة بين القاعدتين حتى تُبنى الأولى على الثانية، وعلى سبيل المثل من تزوج امرأة سنة ١٩٥٠ على مهر قدره مئة دينار عراقي مثلا وتوفي عام ١٩٩٥، فيجب أن يُخرج من تركة المتوفى المبلغ بقيمة الذهب يوم إنشاء عقد الزواج، فما هو الغنم والغرم في هذه المسألة بالنسبة للزوجين.

ج- وكذا ظن البعض[2] أن هذه القاعدة تنطبق على الحبوب حين ارتفاع وانخفاض أسعارها، وهذا خطأ لأنه خلط بين ارتفاع وانخفاض أسعار الحبوب وبين قوتها الغذائية، كالقوة الشرائية في العملة، فارتفاع أو انخفاض أسعار الحبوب لا يؤدي إلى تحول الحبوب من كونها مثلية إلى كونها قيمية، لأن مثل الشيء ما يساويه صورة ومعنى، ومعنى الحبوب قوتها الغذائية، دون ارتفاع وانخفاض أسعارها.

د- وكذلك أخطأ مجلس قيادة الثورة العراقي المنحل الذي اصدر قرارا في نهاية التسعينات من القرن الماضي بأن مهر الزوجة المطلقة إذا كان بالدينار العراقي، يُقدر بقيمة الذهب يوم إنشاء الزواج. ووجه الخطأ أن القاعدة المذكورة يجب أن تُطبق بالنسبة لكل دين يكون في ذمة الغير

---

١ كالأستاذ الدكتور الشيخ علي القرداغي في إحدى مقابلاته التلفازية.

٢ ابن قدامة في كتاب المغني

وتغيرت القوة الشرائية لمحل الدين بدون تخصيص جهة الدائن وجهة المدين.

هـ- وكذلك وقعت قوانين البلاد العربية[1] في نفس الخطأ حين لم يُعر أي قانون منها لقاعدة تحول العملة من كونها مثلية إلى كونها قيمية، حيث أقرت تلك القوانين بدون استثناء أن المدين ملزم برد الدين كما أخذه يوم الالتزام كمّاً وكيفاً، أي عليه أن يرد نفس العدد مهما تغيرت قيمة العملة ارتفاعا وانخفاضا، وهذا خطأ لا يُغتفر، بالإضافة إلى أن هذا القرار القانوني مخالف للعدالة في عدم تعميم الحكم وتخصيصه في الزوجة المطلقة فقط، مع أن فلسفة القانون وغايته الأساسية عبارة عن تطبيق العدالة.

---

١ ينظر مؤلفنا (الإلتزامات في ضوء المنطق والفلسفة) ص١٢٤.
المدني المصر (م١٣٤)، والمدني اليمني (م١٩٤)، وغيرهما.

ـ٨٨ـ

قاعدة

(العمل المتعدي أفضل من القاصر)

يعني العمل الذي يعم نفعه صاحبه وغيره، أفضل من العمل الذي يقتصر نفعه على صاحبه.

ومن تطبيقات هذه القاعدة: أن فرض الكفاية افضل من فرض العين، وعلى سبيل المثل: تعلم الطب فرض كفاية، فيجب على مجتمع محصور في قرية أو مدينة، تعلم هذا العلم واجب وجوب كفاية، فإذا قام به بعضهم سقط التكليف عنه وعن الآخرين من المجتمع. لكن لو أدى الصلاة وهي فرض العين، يكون نفعها يقتصر على المصلي.

(حرف الغين)

-٨٩-

قاعدة

(غالب الرأي بمنزلة اليقين فيما بني أمره على الإحتياط)[١]

مضمون القاعدة: غالب الرأي في مرتبة اليقين، والحقيقة في وجوب العمل به فيما بني أمره على الإحتياط.

ومن تطبيقاتها:

أ. من أراد أن يتزوج إمرأة وغلب على ظنه أنها محرمة عليه بالرضاعة، وجب عدم زواجها إحتياطاً للدين.

ب. إذا أراد أن يشتري مالا وظن ظن الغالب أنه مغصوب أو مسروق أو محرم لسبب آخر، فيجب عليه الإمتناع عن شرائه عملا بالظن الغالب.

---

١ شرح السير ص ١٤٣٦.

-٩٠-

قاعدة

(الغاية لا تُبرر الوسيلة)

هذه القاعدة ترجع إلى الذرائع فتحها وسدها، وهي من حيث مشروعية وعدم مشروعية الفتح والسد ترجع إلى أربعة أنواع:

أولا: الوسيلة مشروعة والغاية مشروعة، كالمعاملات المالية التي تتوافر أركانها وشروطها وتنتفي موانعها لكسب الأرباح المشروعة، كتقديم الجوائز للطلبة الأوائل في الدراسة في جميع مراحلها تشجيعاً على التقدم العلمي، ويجب على السلطة الزمنية التشريعية والقضائية والتنفيذية فتح تلك الوسائل الحافزة ودعمها بطرق مشروعة لتقدم وتطور المجتمع إقتصادياً وثقافياً وإجتماعياً وإدارياً وسياسياً ونحو ذلك.

ثانياً: الوسيلة غير مشروعة والغاية غير مشروعة، كفتح البارات للمشروبات المسكرة والمسارح غير المشروعة لقتل تفكير الإنسان في إبداع ما هو من مصالح الفرد والمجتمع، وكإنشاء معامل ومصانع إنتاج أسلحة الدمار الشامل البشري بكافة أنواعها، بنية الإعتداء على حقوق الغير. وهذا النوع يجب سدّها بكافة الوسائل.

ثالثاً: الوسيلة مشروعة والغاية غير مشروعة، كتقديم الهدايا من صنف الذكر إلى صنف الأنثى لبناء العلاقة غير المشروعة، وهذه الوسائل يجب أيضاً سدها حماية للقيم والأخلاق، رغم مشروعية الوسيلة في حد ذاتها.

رابعاً: الوسيلة غير مشروعة لذاتها لتحقيق غايات مشروعة، كتشريع العقوبات والإجراءات القضائية والتنفيذية ضد من تسوّل له نفسه أن يعتدي على أرواح وأموال الأبرياء وأعراضهم، والغاية في هذه الحالة تبرر الواسطة التي هي غير مشروعة في ذاتها لما فيها الإضرار بالفرد والمجتمع، ولكنها مشروعة من حيث الغاية لما فيها من استقرار الأمن وحماية الأرواح والأعراض والأموال ونحو ذلك.

ففي هذه الحالة الرابعة **الغاية تبرر الواسطة**، فيجب فتحها وتشجيعها.

-٩١-

قاعدة

(الغبن المبرر للفسخ ما يخرج عن العادة)[١]

والغبن إما يسير، أو جسيم، أي ما يسمى الغبن الفاحش، لكن يجب ترك تعبير الفاحش وتبديله بالجسيم.[٢]

والغبن اليسير هو ما يُقوم به المقوِم.

والغبن الجسيم هو ما لا يدخل تحت تقويم المقوِم، أو ما لا يتغابن الناس فيه.[٣]

ومن تطبيقات هذه القاعدة: إذا باع سلعة بالف دولار مثلاً، وهي تساوي عند التقويم ألفا وخمس مئة دولار، فيُبرر هذا الغبن فسخ العقد.

---

[١] المغني ٤/٢٤٢.

[٢] لأن الفاحش يستعمل في الجرائم الأخلاقية.

[٣] التعريفات للجرجاني.

(حرف الفاء)

-٩٢-

قاعدة

(في العول تزداد الأسهم عددا وتقل كمية)

قد يزيد عدد مجموع الأسهم المستحقة للورثة على عدد المضاعف المشترك الأصغر لمقامات الكسور، التي تمثل نسب حصص الورثة. وفي هذه الحالة يضطر القاضي الى ان يعتبر هذا المجموع أصلا للمسألة، بدلاً من المضاعف المشترك الأصغر.[1]

وبذلك يشمل النقص نصيب كل وارث حسب نسبة حصته. وهذه العملية أشبه بالمحاسبة حين تكون الديون أكثر مما يملكه المدين لوفاءها، فيُعطى لكل دائن أقل مما يستحقه في ضوء نسبة دينه الى مجموعة الديون.

وتعرف عادة هذه الزيادة لمجموع الأسهم على أصل المسألة بعد توحيد مقامات الكسور وايجاد مضاعف مشترك أصغر لها. فعندئذ قد يظهر البسط اكبر من المقام، فيُعتبر البسط- دون المقام- أصلا للمسألة، وهذه العملية يُطلق عليها اسم "العول".[2]

---

[1] الإستعراض المعتاد للعول والرد هو ان يتعاقبا بأن يعقب أحدهما الآخر مباشرة، لأن مضمون كل واحد هو عكس مضمون الآخر، ولكن آثرنا بيان أحكام العول قبل تصحيح المسائل، لأن المسألة تُصحح مع عولها إذا كان فيها عول. لذا من المفيد معرفة العول قبل البدء ببيان قوعد وأحكام تصحيح المسائل.

[2] لم يصادف في عهد الرسالة، ولا في خلافة ابي بكر ان تحدث مسألة ميراثية يكون فيها العول. وانما وقعت في خلافة عمر بن الخطاب، حين عُرضت مسألة كانت الورثة فيها منحصرة في زوج وأختين من غير الأم. ومن المعلوم أن نصيب الزوج هنا ٦/١ ونصيب الأختين ٣/٢ وبذلك تكون الأسهم المستحقة أكثر من أصل المسألة (٦).

فلما شاور اصحاب الرسولﷺ فأشار عليه عباس بن عبدالمطلب وعلي بن ابي طالب أو زيد بن ثابت على اختلاف الروايات، بالعمل بالعول قياسا على محاصلة الدائنين، فمن مات وترك ما قيمة ستة آلاف دينار ولرجل عليه ثلاثة آلاف، ولآخر أربعة آلاف، أليس يُجعل المال سبعة أجزاء؟ فقضى عمر بالعول واستقر على هذا القضاء جمهور الصحابة والتابعين، وجمهور الأئمة والمجتهدين، وعارض ابن عباس العمل بالعول فقال: يُقدم ما قدّمه الله (وهو من لا يرث إلا بالفرض كالزوجين، والأم،

وقد ثبت باستقراء الفقهاء ان هذه الظاهرة لا تحدث الا في ثلاثة أصول فقط، وهي (٦، ١٢، ٢٤) من اصول الثمانية التي هي عبارة عن السبعة الآتية (٢، ٣، ٤، ٦، ٨، ١٢، ٢٤) زائد عدد الورثة في الحالات التي يكون عددهم أصل المسألة، كما سبق ذلك مفصلا في المسائل.

الأصول التي يجري فيها العول:

أولا- العدد (٦) ويجري فيه العول أربع مرات:

أ/ ٦- ٧

الورثة: زوج (٢) اخت ش

الفروض: ٢/١ ٣/٢ (١/٢+ ٢/٣ =٧/٦)

اصل المسألة (٦) ومجموع الأسهم (٧).

فيكون للزوج ٧/٣ بدلا من ٦/٣، وللأختين ٧/٤ بدلا من ٦/٤.

ب/ ٦- ٨

الورثة: زوج (٢) اخت ش أم

الفروض: ٢/١ ٣/٢ ٦/١

الأسهم: (١/٢+ ٢/٣ + ١/٦ = (٣+٤+١)/٦ = ٨/٦) أصل المسألة ٦ والأسهم ٨.

فيكون للزوج ٨/٣ بدلا من ٦/٣، وللأختين ٨/٤ بدلا من ٦/٤، وللأم ٨/١ بدلا عن ٦/١.

ج/ ٦- ٩

الورثة : زوج (٢) أخت ش أم أخت من الأم

الفروض: ٢/١ ٣/٢ ٦/١ ٦/١

الأسهم: (١/٢+ ٢/٣+ ١/٦+ ١/٦= (٣+٤+١+١)/٦= ٩/٦)

والأخ من الأم، والجدة). ويؤخر من أخر الله (وهو من يرث بالفرض تارة وبالتعصيب أخرى كالبنات، وبنات الإبن، والأخوات من غير الأم). فكلٌ من الفريق الأول يأخذ نصيبه كاملا، والنقص يكون من نصيب من يكون من الفريق الثاني. (ينظر المحلى ٩/٢٦٢- ٢٦٤). وأخذ بهذا الرأي فقهاء الجعفرية والظاهرية.

أصل المسألة (٦) والأسهم (٩)، فللزوج ٣/٩، وللأختين ٤/٩، ولـلأم ١/٩، وللأخت من الأم ١/٩.

د/ ٦- ١٠

الورثة: زوج (٢) أخت من الأب ام (٢) أخ من الأم

الفروض: ١/٢ ٢/٣ ١/٦ ١/٣

الأسهم: (١/٢+ ٢/٣+ ١/٦+ ٢/٣ (٣+٤+١+٢)/٦ = ١٠/٦)

أصل المسألة (٦) والأسهم (١٠)، فيكون للـزوج ٣/١٠، وللأخـتين ٤/١٠، وللأم ١/١٠، وللأخوين ٢/١٠.

ثانيا: العدد (١٢) ويجري فيه العول ثلاث مرات:

أ/ ١٢- ١٣

الورثة: زوجة (٤) اخت ش أم

الفروض: ١/٤ ٢/٣ ١/٦

الأسهم: (١/٤+ ٢/٣+ ١/٦ =(٣+٨+٢)/١٢= ١٣/١٢)

اصـل المسـألة (١٢) والأسـهم (١٣)، فيكـون للزوجـة ٣/١٣، وللأخـوات ٨/١٣، وللأم ٢/١٣.

ب/ ١٢- ١٥

الورثة: زوجة (٢) أخت من الأب أم أخ من الأم

الفروض: ١/٤ ٢/٣ ١/٦ ١/٦

الأسهم: (١/٤+ ٢/٣+ ١/٦+ ١/٦= (٣+٨+٢+٢)/١٢= ١٥/١٢)

أصل المسـألة (١٢) والأسـهم (١٥)، فيكـون للزوجـة (٣/١٥)، وللأخـتين (٨/١٥)، وللأم (٢/١٥)، وللأخ (٢/١٥).

ج/ ١٢- ١٧

الورثة: زوجة (٤) أخت من الأب أم (٢) أخ من الأم

الفروض: ١/٤ ٢/٣ ١/٦ ١/٣

الأسهم: (١/٤+ ٢/٣+ ١/٦+ ١/٣= (٣+٨+٢+٤)/١٢= ١٧/١٢)

أصل المسألة (١٢) والأسهم (١٧)، فيكون للزوجة (٣/١٧)، وللأخوات (٨/١٧)، وللأم (٢/١٧)، وللأخوة (٤/١٧).

ثالثا: العدد (٢٤) ويجري فيه العول مرة واحدة

(٢٤-٢٧)

الورثة:	أب	أم	(٢) بنت	زوجة	المضاعف المشترك
الفروض:	١/٦	١/٦	٢/٣	١/٨	الأصغر (٢٤)

الأسهم: (١/٦ +١/٦ +٢/٣ +١/٨= (٤+٤+١٦+٣)/٢٤= ٢٧/٢٤)

أصل المسألة (٢٤) والأسهم (٢٧)، فيكون للأب (٤/٢٧)، وللأم(٤/٢٧)، وللبنات (١٦/٢٧)، وللزوجة(٣/٢٧).

الفقه الجعفري:

فقهاء الجعفرية أخذوا برأي ابن عباس ولا يوجد لديهم العول، بل قالوا: يُقدم ما قدمه الله ويؤخر ما أخّره الله، كما أشرنا الى تفصيل ذلك في الهامش.

ثم ان أكثر المسائل التي ذكرناها: الأم فيها تحجب الإخوة والأخوات، لأنها من المرتبة الأولى، وبذلك لا يُتصور فيها نقص الأسهم المستحقة.

وأرى أن رأي الجمهور افقه وأقرب الى العدالة، لأن الرد عندهم يشمل الكل-باستثناء الزوجين- كذلك النقص يجب أن يشمل الكل.

(حرف القاف)

-٩٣-

قاعدة

(قَدْ يَثْبُتُ الفَرْعُ مَعَ عَدَمِ ثُبُوتِ الأَصْلِ)[١]

أي قد يُحكم بشيء تابع لغيره مع عدم ثبوت المتبوع، وذلك لقيام الحجة على لزوم تحقق هذا الحكم. ومقتضى هذه القاعدة هو أنه لا تلازم بين الأصل والفرع في الوجوب.

ومن تطبيقاتها:

١- إذا قال شخص أن لزيد على بكر كذا من الدين وأنا كفيل به، فأدعى زيد على بكر بالدين المذكور فأنكره وعجز المدعي عن إثبات الدين عليه وحلّفه فحلف، فإنه لا يُلزم بشيء. لكن لزيد أن يطالب الكفيل بالدين المذكور وأن يحكم بالزامه به بناءً على إقراره.

٢- إذا ادعت امرأة على (أ) بالنفقة لولدها، فأنكر (أ) الزوجية وعجزت عن إثباتها، فإن دعواها بالنفقة لا تُسمع، لكن لو ادعى الولد بعد ذلك كونه ابن (أ) وأثبت ذلك بدعواه، فإنه يثبت نسبه منه. فهنا قد ثبت النسب الذي هو فرع ولم يثبت النكاح الذي هو أصل.

٣- لو غصب شخص شيئا فباعه ثم تداولته الأيدي بالبيع والشراء، فأجاز المالك أحد العقود جاز ذلك العقد الذي أجازه خاصة كتصرف الفضولي لا ما قبله ولا ما بعده.[٢]

---

١ مجلة الأحكام العدلية، م٨١

٢ رد المحتار، باب الفضولي، كتاب البيع، الزرقا ص٤١٢.

-٩٤-

قاعدة
(القياس ارجاع الجزئيات إلى الكليات)

القياس عُرّف بتعريفات متعددة، كلها تدور حول محور واحد، وهو الحاق واقعة لم يرد بشأنها نص بواقعة أخرى ورد فيها نص خاص، كإلحاق قتل الموصى له للموصي في حرمانه من الموصى به، على قتل الوارث لمورثه في حرمانه من تركته، لإشتراك الواقعتين في علّة الحكم، وهي حماية ارواح الأبرياء.[1]

وللقياس في ضوء التعريف التقليدي أربعة أركان:

المقيس والمقيس عليه والحكم وعلّة الحكم.

ولكل ركن -حسب الإتجاه التقليدي- شروط استغرق بيانها في مراجع أصول الفقه مساحات واسعة،[2] بالإضافة إلى انقسام الفقهاء في حجيته، فمنهم من قال حجة ومنهم من قال ليس حجة، ولكل طرف أدلة على اثبات دعواه وردّ دعوى الطرف الآخر، كما أدّى إلى ضياع الوقت والعمر على المعلم والمتعلم.

لذا أقترح تعريف القياس بما لا يؤدي إلى الخلافات المذهبية في حجية القياس، وهو ارجاع الجزئيات الى الكليات المعقولة المعاني، أي الكليات التي يدرك العقل عللها. وهي النصوص الكلية التي يُدرك العقل عللها وغاياتها، فيُطبق حكم كل كليّ على جزئياته.

فالقياس ارجاع المسكوت عنه من الجزئيات إلى كلياتها. ومادامت الكلية حجة بالإتفاق، يكون الجزئي المندرج تحتها كذلك حجة بلا خلاف.

ومن تطبيقات القياس بهذا المعنى ما يلي:

أ- كلمة (أفٍ) الواردة في قوله تعالى: ﴿ولا تقل لهما اف﴾ نكرة واقعة في حيز النفي تُفيد العموم والشمول لكل إيذاء مادي أو معنوي تجاه الآباء، الذي حرّمه القرآن بنص صريح في آيات أخرى منها قوله تعالى: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ

---

[1] عرفه الإمام الشافعي (رحمه الله) في كتابه الرسالة.

[2] كما في اعلام الموقعين لأبن قيم الجوزية.

وَهْناً عَلَى وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ أَنِ اشْكُرْ لِي وَلِوَالِدَيْكَ إِلَيَّ الْمَصِيرُ، وَإِن جَاهَدَاكَ عَلَى أَن تُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفاً...﴾.[1]

ولا يوجد احد في العالم الإسلامي يقول إيذاء الوالدين ماديا أو معنويا عمل مشروع.

ب- وكذلك من تطبيقات القياس بالمعنى المذكور ارجاع كل عملة معدنية أو ورقية إلى الذهب والفضة في كل ما هو محرم فيهما حين التعامل بهما، وفي كل ما هو واجب فيهما.

وجدير بالذكر أن الذهب والفضة، حين كانا عملتين متداولتين في التعامل، فما كان يُصنع من الذهب يُسمى (ديناراً)، وما يُصنع من الفضة يُطلق عليه (درهم)، كانا ربويين. أما في الوقت الحاضر فقد غاب هذان المعدنان من التعامل في البيع والشراء، وأصبحا سلعة تُباع وتُشترى بالدين وبالتقسيط كأي سلعة أخرى.

والقول بان بيع الذهب أو شراءه بالدين أو بالتقسيط ربا، خطأ شائع، وقياس لما هو عليه الذهب والفضة في هذا العصر على الماضي، وهو قياس مع الفارق.

ج- وكذلك قياس النبيذ على الخمر حسب ما ورد في المراجع الفقهية والأصولية،[2] قياس خاطئ من وجهين:

أحدهما هو أن المراد بالخمر في قوله تعالى: ﴿...إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ ..الآية﴾[3] كل مسكر أياً كان نوعه وأياً كانت مواده الأولية. فالنص يشمل جميع المسكرات التي هي متداولة في الحاضر وفي المستقبل، فلا حاجة للقياس.

والسبب الثاني هو أن تعاطي المسكرات من الجرائم الحدية، ومن ميزات وخصائص جرائم الحدود، أن الجريمة تثبت بالنص، وعقوبتها تثبت بالنص، فلا يجوز إستحداث جريمة حدية أو عقوبة حدية عن طريق القياس. فجرائم الحدود في الشريعة الإسلامية كالجرائم في القانون، تنطبق عليها قاعدة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص).

---

[1] لقمان:١٤-١٥

[2] كما في كتاب الوجيز لأستاذ الدكتور عبدالكريم زيدان، حيث ذهب إلى النبيذ حرام عن طريق القياس على الخمر.

[3] المائدة : ٩٠

-٩٥-

قاعدة
(القياس لا يُصار إليه مع النص)[١]

ووردت هذه القاعدة بتعابير أخرى منها (لا إجتهاد مع النص)، و(لا مساغ للإجتهاد في مورد النص).[٢]

ومضمون القاعدة هو أن الأصل في الأحكام الشرعية نصوص الشرع الحكيم من الكتاب الكريم او السنة المطهرة أو الإجماع.

ومن تطبيقات هذه القاعدة:

أ- قياس بعض الفقهاء النبيذ على الخمر في التحريم لإشتراكهما في علة الإسكار. وهذا القياس لا يجوز اللجوء إليه لأن تحريم النبيذ ثابت بنص قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالأَنصَابُ وَالأَزْلاَمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ﴾[٣]، لأن لفظ الخمر في هذه الآية يشمل كل ما يُخمر العقل أي يغطيه ويُحدث فيه الخلل. فلفظ الخمر ورد بمعناه اللغوي مأخوذ من (خمّرت المرأة رأسها، أي غطته بالخمار) فيشمل جميع المسكرات بغض النظر عن موادها الأولية وكيفية تكوينها وتسمياتها.

هذا من جهة، ومن جهة الأخرى تحريم الخمر من جرائم الحدود، ومن ميزات جريمة الحد أن حكم التحريم ثابت بالنص وأن العقوبة ثابتة أيضاً بالنص، كجريمة الزنا ثبت تحريمها بقوله تعالى: ﴿وَلاَ تَقْرَبُواْ الزِّنَى إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاء سَبِيلاً﴾[٤] وثبتت عقوبتها بقوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا

---

[١] المغني ١/٦٦، ٢٥٢.

[٢] مجلة الأحكام العدلية، م١٤

[٣] المائدة : ٩٠

[٤] الإسراء : ٣٢

كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ ..الآية﴾[1]

ب- وكتوزيع الطلاق على ثلاث مرات بقوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ..الآية﴾[2] والتسريح عبارة عن المرة الثالثة، فهذه الآية تدل دلالة قطعية على أن الطلاق المقترن بالعدد لا يقع به إلا طلقة واحدة، لأنه مرة واحدة. ورغم ذلك اجتهد فقهاء المسلمين وقضوا باجتهادهم في أن الطلقات الثلاث تقع مرة واحدة وبلفظ واحد.

---

[1] الإسراء : ٣٢

[2] البقرة : ٢٢٩

-٩٦-

قاعدة

(القيد[1] إذا ورد بعد جُمل، يرجع إلى جميعها، ما لم يقم دليل على خلاف ذلك)

ومن تطبيقات هذه القاعدة في القرآن الكريم:

أ- قوله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ...﴾[2].

المراد بالإمساك الرجعة في الطلاق الرجعي، والمراد بالتفريق الطلاق، والقيد الوارد بعد هذين الحكمين (الرجعة والتطليق) وهو قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ يرجع إلى كل منهما، فيجب في إرجاع الزوجة إلى العصمة حضور شاهدين، وكذلك في تطليق الزوجة، حيث لا توجد قرينة تدل على ارجاع القيد إلى أحدهما دون الآخر، خلافا لما ذهب إليه البعض كالشافعية من أن القيد يرجع إلى الرجعة فقط، رغم أنه مخالف للقاعدة البلاغية (إذا دار القيد بين القريب والبعيد، يرجع إلى القريب)، والقريب هنا هو التطليق دون الرجعة. وخلافا لما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أنه لا يُشترط الإلتزام بهذا القيد، لا في الرجعة ولا في الطلاق. وهذا مخالف لإجماع علماء أصول الفقه على أن كل أمر للوجوب، وبوجه خاص أمر الله، ما لم تقم قرينة على خلاف ذلك.

ونسأل هؤلاء الفقهاء: لماذا يكون أمر أدنى مسؤول في الدولة كمدير الناحية في هذا العصر للوجوب، ويكون أمر الله لغيره.

ب- قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ

---

[1] من الإستثناء أو غيره.

[2] الطلاق : ٢

فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً وَأُوْلَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ، إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِن بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾[1].

فقيد الإستثناء الوارد في هذه الآية وهو ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا...الخ﴾ يرجع إلى الحكمين الثاني والثالث في هذه الآية، ولا يرجع إلى الحكم الأول وهو عقوبة ثمانين جلدة، باتفاق الفقهاء. وما ذهب إليه الحنفية بأنه يرجع إلى الحكم الأخير فقط، فينتفي عن القاذف التائب إسم الفسق فقط، ولكن لا تُقبل شهادته. وهذا القول للحنفية مخالف لظاهر الآية المذكورة من أن القيد يرجع إلى الحكمين وهما عدم قبول الشهادة والإتسام بوسمة الفسق. فيرتفع كلا الحكمين بالتوبة الصادقة وتُقبل شهادة القاذف التائب وتزول عنه صفة الفسق.

---

[1] النور : ٤-٥

(حرف الكاف)

ـ٩٧ـ

قاعدة

(كل تعريف لا يتم، ما لم تتوافر فيه شروطه العشرة)[١]

التعريف في اللغة:

وردت مادة التعريف ومشتقاته بعدة معان منها: الإعلام يقال: عرّفه الأمر أي أعلمه إياه، وعرّف الضالة أي أنشدها، ويأتي تعرّف بمعنى اعترف، وبمعنى الطلب يقال تعرّفت كما عند فلان أي تطلبت حتى عرفت[٢].

وفي الاصطلاح عرف بتعريفات متعددة[٣] كلها تدور حول محور واحد وهو أن التعريف قول[٤] يكتسب من تصوره تصور شيء آخر إما بكنهه[٥] أو[٦] بوجه يميزه مما عداه[٧].

والقول الكاسب يُسمّى معرِّفا (بكسر الراء) وتعريفا وقولا شارحا، والمكتسب يسمى معرَّفا (بفتح الراء).

---

(١) يُنظر مؤلفنا المنطق القانوني.

(٢) لسان العرب، مادة عرف، فصل العين حرف الفاء: ١٤١/١١.

(٣) ينظر: تحرير القواعد المنطقية شرح رسالة الشمسية للعلامة السيد شريف الجرجاني: ٦٢.
وتنوير البرهان، للشيخ حسن الموصلي.
وشرح الخبيصي، للعلامة الشيخ عبدالله الخبيصي على تهذيب المنطق للسعد التفتازاني: ٣٠.

(٤) مفردا كان أو مركبا.

(٥) أي حقيقته وماهيته، ويكون التعريف بالكنه إذا كان حدا تاما وإلا فيكون بتمييزه من غيره.

(٦) حرف (أو) للتنويع لا للتشكيك.

(٧) البرهان، للكلنبوي، المرجع السابق: ١١٤.

ما لا يقبل التعريف وما يقبله:

ليس كل ما نتصوره قابلا للتعريف، فجميع الأشياء التي تدخل تحت جنس واحد ولا تتميز بصفة نوعية فاصلة لا تقبل التعريف[١]، والمعطيات النفسية والحسية المباشرة من الغرائز كالفرح والحزن والكآبة والألم والسرور ونحو ذلك لا تعريف لها، لأننا لا نمتلك القدرة على التعبير عما نحسه ونعيشه بالوسائل اللغوية المعروفة.

ومن الأمور التي لا يمكن تعريفها العقل والروح، أما العقل فلأن كل شيء يعرف به فلا يعرَّف العقل بما يُعرَف به وإلا لزمت المصادرة على المطلوب، وأما الروح فلقوله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الرُّوحِ قُلِ الرُّوحُ مِنْ أَمْرِ رَبِّي وَمَا أُوتِيتُم مِّن الْعِلْمِ إِلاَّ قَلِيلاً﴾[٢].

ما يقبل التعريف: كل ما من شأنه أن يعرف الإنسان له صفة ذاتية أو عرضية تميزه من غيره من الممكن تعريفه بصفات ذاتية تسمى الجنس والفصل، أو بصفات عرضية تسمى العرض العام والخاصة[٣].

شروط صحة التعريف:

يشترط في ميزان المنطق لصحة التعريف الاصطلاحي لكل مصطلح شرعي وقانوني أو غيرهما شروط أهمها ما يأتي:

الشرط الأول: أن يكون المعرَف والمعرف متحدين بالذات ومتغايرين بالاعتبار[٤]، فإن كانا متحدين بالذات والاعتبار يلزم تعريف الشيء بنفسه، واللازم باطل فكذلك الملزوم كأن يقال الجريمة جريمة والعقوبة عقوبة.

وإن كانا متغايرين بالذات والاعتبار يكون تعريفا بالمباين وهو باطل، كتعريف

---

(١) المنطق التقليدي، للدكتور مهدي فضل الله: ٨٤.

(٢) سورة الإسراء، الآية: ٨٥.

(٣) سبق في الفصل الثالث تعريف الجنس والفصل والعرض العام والخاصة.

(٤) هذا التغاير الاعتباري قد يكون بإجمال المعرَف وتفصيل المعرِف، وقد يكون بخفاء الأول ووضوح الثاني، وقد يكون بالذات والوصف، ففي المعرف ينظر إلى الذات، وفي المعرف ينظر إلى الوصف لان الأول موضوع والثاني محمول. والشقوقات المتصورة أربعة فهما متحدان بالذات والاعتبار، أو مختلفان بالذات والاعتبار، أو متحدان بالذات ومختلفان بالاعتبار أو عكسه، ففي الأول يلزم تعريف الشيء بنفسه، وفي الثاني تعريف بالمباين، وفي الثالث يصح التعريف، وأما الشق الرابع فمجرد تصور افتراضي لا يعتد به .

الالتزام بالرابطة القانونية في المادة (٦٩) من القانون المدني العراقي النافذ[١]. وجه البطلان أن الالتزام من مقولة (فصيلة) الانفعال (التأثر والمطاوعة) بينما الرابطة القانونية من مقولة الإضافة فتضاف إلى الدائن والمدين، فالمقولتان متباينتان فلا يجوز تعريف إحداهما بالأخرى.

إضافة إلى ذلك فإن الإلتزام صفة خاصة بالمدين أما الرابطة القانونية فهي صفة مشتركة بين الدائن والمدين فلا يصحّ تعريف الصفة الخاصة بطرف بالصفة المشتركة بين الطرفين.

وكذلك لا يصح تعريفه بالواجب القانوني كما جاء في مشروع القانون المدني العراقي الجديد[٢] لأن الواجب القانوني صفة الأداء، والأداء محل الالتزام ولا يجوز تعريف الشيء بصفة محله لأن الشيء ومحله مختلفان بالذات والاعتبار معا فيلزم تعريف الشيء بما يباينه واللازم باطل فكذلك الملزوم.

والتعريف الصحيح للالتزام هو أنه تحمل أداء واجب طوعا أو كرها يترتب عليه انشغال الذمة بحق للغير حتى ينقضي[٣].

الشرط الثاني: أن يكون أوضح من المعرّف[٤]: فلا يصح تعريف الشيء بما هو أخفى منه، أو يكون مساويا له في الوضوح والخفاء، كتعريف الذمة المالية بأنها وعاء للحقوق والالتزامات، لأن الوعاء ليس بأوضح من الذمة المالية، إضافة إلى أن في هذا التعريف أو في تعريفها بأنها مجموع ما للإنسان من الحقوق وما عليه من

---

(١) تنص الفقرة الأولى من هذه المادة على أن الحق الشخصي هو رابطة قانونية ما بين شخصين (دائن ومدين) يطالب بمقتضاها الدائن المدين بأن ينقل حقا عينيا أو أن يقوم بعمل أو يمتنع عن عمل، وتنص الفقرة الثالثة منها على أنه (يؤدي التعبير بلفظ الالتزام وبلفظ الدين) نفس المعنى الذي يؤديه التعبير بلفظ الحق الشخصي.

(٢) لسنة ١٩٨٥ حيث نصت المادة (١١٠) على أن الإلتزام واجب قانوني بأداء محدد يقع على شخص معين لمصلحة شخص آخر.

(٣) وهذا التعريف استنتجته من اللغة والمنطق والفلسفة وأصول الفقه والتطبيقات القانونية والقرآن الكريم، لمزيد من التفصيل ينظر: الالتزامات في الشريعة الإسلامية والتشريعات المدنية العربية للمؤلف: ١٧/١ .

(٤) البرهان، المرجع السابق: ص١٢٦، والرسالة الشمسية، المرجع السابق ص٦٥ .

الالتزامات[١] مصادرة على المطلوب، لأن الحقوق والإلتزامات تتوقف على وجود الذمة المالية ولو توقفت هي عليها للزم الدور أو ما يسمى الاستحالة المنطقية (أو المصادرة على المطلوب). ثم إذا أخذنا بمثل هذا التعريف للزم أن لا يكون لشخص وُلِد وليس له أي حق مالي أو ليس عليه التزام مالي الذمة المالية، وإذا أريد بها الحقوق والالتزامات بالفعل أو بالقوة أي من شأنها أن توجد في المستقبل للزم الخلط بين الذمة المالية وأهلية الوجوب الكاملة واللازم باطل فكذلك الملزوم.

وكذلك لا يصح تعريف بعض علماء أصول الفقه للذمة المالية بأنها وصف يصير به المكلف أهلا للإلزام والالتزام، أو أنها معنى شرعي مقدّر في المكلف قابل للالتزام والإلزام[٢] لأن المعرِّف ليس بأوضح من المعرَّف ولما فيه من الخلط بين الذمة وأهلية الوجوب الكاملة والصواب أن ذمة الإنسان مالية كانت أو غير مالية هي رقبته، كما جاء في القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿وَكُلَّ إِنسَانٍ أَلْزَمْنَاهُ طَائِرَهُ فِي عُنُقِهِ﴾[٣]، الطائر هو عمل الخير وعمل الشر، فإن كان عمله خيرا فجزاؤه خير وإن كان شرا فجزاؤه شر، وهذا لا يعني تسليط الدائن على جسم المدين كما كان كذلك في القوانين القديمة منها القانون الروماني، بل ضمان دين الدائن في الإسلام إنما هو أموال المدين، بدليل قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾[٤]، والسر في اختيار هذا الجزء من الإنسان ذمة هو أنه بمثابة حلقة الوصل بين جهاز التفكير (الدماغ) وأجهزة العمل (الأرجل والأيدي).

الشرط الثالث: أن يكون التعريف جامعا شاملا لجميع ما يندرج تحت المعرَّف (بفتح الراء)، فلا يجوز تعريف الأعم بما هو أخص منه[٥]، كتعريف مطلق القتل بأنه إزهاق

---

(١) المدخل للقانون الخاص للدكتور عبدالمنعم البدراوي: ص٤٦٢، وفيه (يقصد باصطلاح الذمة المالية مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق والتزامات مالية، فالذمة تتكون من عنصرين الإيجابي "حقوق الشخص"، والسلبي "الالتزامات").

(٢) ينظر: التوضيح والتنقيح لصدر الشريعة (عبيد الله بن مسعود) مع التلويح للتفتازاني: ١٢٥/٣، والفروق للقرافي (شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبدالرحمن الصنهاجي) المالكي: ١٨٣/٣ و ٢٣١.

(٣) سورة الإسراء، الآية: ١٣.

(٤) سورة البقرة، الآية: ٢٨٠.

(٥) تهذيب المنطق لسعد الدين التفتازاني بشرح الخبيصي: ص٣٠.

روح إنسان عمدا عدوانا، لأنه لا يشمل القتل خطأ والقتل بحق، كما في الدفاع الشرعي.

الشرط الرابع: أن يكون مانعا من دخول الأغيار ومما لا يندرج تحت المعرَف، لأن الغرض من التعريف هو معرفة كنه المعرف أو تمييزه من غيره، فلا يصح تعريف الأخص بما هو أعم[١] منه كتعريف الإكراه – مثلا- بأنه عيب من عيوب الإرادة (أو الرضا)، لأنه يشمل سائر أنواع عيوب الإرادة من التغرير (التدليس) والغلط والاستغلال.

إضافة إلى ذلك فإن الإكراه لا يوصف بأنه عيب من عيوب الإرادة (أو الرضا) إلا على سبيل المجاز، ولا يجوز استعمال المجاز في التعريف فهو من قبيل إطلاق الوصف المسبب على سببه، لأن الإكراه يولد الرهبة في قلب المكرَه وهذه الرهبة هي عيب الإرادة، أما الإكراه فهو فعل أو وصف قائم بشخص المكره.

وكذلك تسمية التغرير (أو التدليس) والاستغلال عيبا من عيوم الإرادة لا تجوز إلا على سبيل المجاز، فالغلط الذي يقع فيه المغرر به هو عيب الإرادة دون التغرير الذي هو فعل المغرر.

ولذا يقال أن نظرية الغلط تغني عن نظرية التغرير على أساس أن الغلط قد يقع فيه المتعاقد تلقائيا، وقد يقع فيه نتيجة استعمال الطرق الاحتيالية المضللة لإيقاع المتعاقد الآخر في الغلط أو استمراره على الغلط الذي وقع فيه لدفعه إلى التعاقد[٢].

الشرط الخامس: أن لا يكون من قبيل تعريف الأثر بمؤثره[٣]، وبناء على هذا الشرط المنطقي لا يصح تعريف التصرف القانوني بأنه (اتجاه الإرادة نحو إحداث أثر يعتد به القانون)، أو نظير هذا التعريف لأن كل تصرف إرادي من تصرفات الإنسان قولية كانت أم فعلية من أثر قدرته التابعة لإرادته التابعة لإدراكه، فمن أراد أن يقوم بتصرف يتعلق به إدراكه أولاً ثم إرادته ثم قدرته، فالتصرف ليس اتجاه الإرادة والقدرة، وإنما هو أثر لهما.

---

(١) تهذيب المنطق للخبيصي، وحاشية الشيخ حسن العطار: ص١٠٣.

(٢) أصول الالتزامات، للدكتور سليمان مرقص: ١٨٦.

(٣) البرهان للكلنبوي وشرحه تنوير البرهان: ص٩٨، وفيه (إذ الكاسب علة يجب تقدمها على المعلول المكتسب).

والتعريف المنطقي الصحيح للتصرف القانوني: هو كل ما يصدر عن الإنسان بإرادة حرة واعية بحيث يرتب عليه القانون (أو الشرع) أثرا[١].

وتقابله الواقعة القانونية وهي كل حدث يصدر عن غير الإنسان أو عن إنسان عديم الأهلية أو عن مكره أو مضطر أو عن النائم والمغمى عليه ونحوهما أو عن الهازل الذي لا يريد بكلامه أثرا قانونيا، فالتصرف القانوني يشمل التصرفات القولية والفعلية الإرادية، وحصره في العقد والإرادة المنفردة وإدخال التصرفات الفعلية مطلقا في الواقعة خطأ بقانون المنطق.

الشرط السادس: أن لا يكون من قبيل تعريف الشيء بحكمه[٢] لأن معرفة الحكم تتوقف على معرفة الشيء ذي الحكم، ولو عرف بالحكم للزمت الاستحالة المنطقية، لأن توقف الشيء على ما يتوقف عليه يستلزم توقف الشيء على نفسه، وتوقف الشيء على نفسه يستلزم تقدم الشيء على نفسه، واللازم باطل فكذلك الملزوم، وبناء على هذا الشرط لا يصح تعريف كل من الطلاق الرجعي والطلاق البائن بالتعريف الذي ورد في المادة (٣٨) من قانون الأحوال الشخصية العراقي[٣]، حيث عرفت الطلاق الرجعي بأنه ما جاز للزوج مراجعة زوجته أثناء عدتها منه دون عقد، وعرفت البائن بينونة صغرى بأنه ما جاز فيه للزوج التزوج بمطلقته بعقد جديد.

وعرف كلا منهما بحكمه، فحكم الطلاق الرجعي هو أن للزوج استئناف الحياة الزوجية مع زوجته بإرجاعها إلى عصمته بدون عقد جديد قبل انتهاء عدتها، لأن الطلاق الرجعي بعد انتهاء العدة يصبح بائنا.

وحكم الطلاق البائن بينونة صغرى هو أن للزوج أن يراجع زوجته بعقد جديد كالعقد الأول، ومن المعلوم أن القاضي أو المفتي لا يستطيع أن يحكم أو يفتي بهذين الحكمين ما لم يعلم مقدما أن الطلاق رجعي أو بائن.

والصواب أن يقال: الطلاق الرجعي هو إنهاء الرابطة الزوجية بعد الدخول بدون مقابل للمرة الأولى والثانية، وإذا تخلف شرط من هذه الشروط يكون بائنا.

---

(١) ففي هذا التعريف أخذ خمسة قيود فتخلف كل واحد منها يؤدي إلى اعتبار الحدث واقعة قانونية.

(٢) شرح تهذيب المنطق للعلامة الحسن بن محمد الإجلال: ص٦٢، وفيه (ولا يصح التعريف بما يتوقف على المعرَف –بالفتح– ويسمى الدور).

(٣) رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩.

وجدير بالذكر أن كل طلاق رجعي يتحول إلى الطلاق البائن بانتهاء عدة الزوجة المطلقة طلاقا رجعيا، كما أن المشرع العراقي اعتبر في المادة (٤٥) من القانون المذكور كل تفريق قضائي للأسباب الواردة في المواد السابقة طلاقا بائنا بينونة صغرى.

الشرط السابع: أن يكون المعرِّف (بكسر الراء) لفظة مفردة وإلا كان التعريف لفظيا لغويا لا اصطلاحيا ولا منطقيا كتعريف الرهن بأنه حبس مثلا.

الشرط الثامن: استبعاد الألفاظ الغريبة والمشتركة بين معنيين فأكثر، والألفاظ المستعملة في معانيها المجازية في التعريفات ما لم تقترن بقرينة تعيّن المعنى المراد منها.

الشرط التاسع: أن يكون تعريف الشيء بذاتياته (الجنس والفصل) لمعرفة حقيقته وماهيته إذا أمكن، وإلا فيجب أن يكون التعريف بخواصه التي تميزه من غيره[1].

الشرط العاشر: أن يتقدم الجنس على الفصل[2] لأن الأول مشترك بين المعرف وغيره، والثاني مميز يخرج هذا الغير، وبيان التمييز يكون بعد بيان الاشتراك.[3]

---

(١) البرهان للكلنبوي، المرجع السابق: ص١١٥ وما بعدها.

(٢) البرهان وشرحه تنوير البرهان: ص١٠٢.

(٣) يَنظر مؤلفنا (المنطق القانوني في التصورات) ص١٠٤ ومايليها.

-٩٨-

قاعدة

(كل تناقض تعارض دون العكس)

ومرد هذه القاعدة إلى قاعدتين أخريين متباينتين وهما:
قاعدة (المتناقضان لا يجتمعان ولا يرتفعان).
وقاعدة (المتعارضان يجتمعان ويرتفعان).
وقد خلط بينهما كثير من العلماء والباحثين، وبوجه خاص من القانونيين، فاستعملوا التعارض بدلاً من التناقض، ورتّبوا على الأول الآثار التي تترتب على الثاني، زاعمين ترادفهما. لرفع هذا الخلط نتناول كل قاعدةٍ بالبحث المنفرد.

اولا/ قاعدة (المتناقضان لا يجتمعان ولا يرتفعان):

التناقض: هو التباين بين الدليلين أو النصين بحيث يستلزم وجود احدهما عدم الآخر، أو عدم أحدهما وجود الآخر.
والتناقض لا يتحقق إلا بعد اتحادهما في تسعة أمور واختلافهما في أمرين، كما سبق تفصيل ذلك في موضوع النسخ.

ثانيا/ قاعدة (المتعارضان يجتمعان ويرتفعان):

التعارض: هو وجود الإختلاف بين دليلين بحيث يمكن الجمع بينهما إذا كانت النسبة بينهما عموماً وخصوصاً من وجه، كما في آية عدة الوفاة وآية عدة وضع الحمل.
فقال تعالى في عدة الوفاة: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [1]، فهذه الآية عامة للحامل وغيرها وخاصة بالمتوفى عنها زوجها.

---

[1] سورة البقرة/٢٣٤

وقوله تعالى: ﴿وَأُوْلَاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[١] عام يشمل المطلقة والمتوفى عنها زوجها وخاص بعدة الحامل.

وبما أن كل واحدة منهما عامة من وجه وخاصة من وجه آخر يمكن الجمع بينهما بأن يعمل بهما معاً على أساس أن تكون عدة الحامل المتوفى عنها زوجها أبعد الأجلين دون وضع الحمل فإذا وضعت الحمل قبل أربعة أشهر وعشرة أيام تنتظر انتهاء هذه المدة وإذا انتهت المدة ولم تضع الحمل بعد تنتظر وضع الحمل.

وقد جمع بينهما بعض الفقهاء من الصحابة منهم سيدنا علي بن أبي طالب ومن الأئمة منهم المالكية وبه أخذ المشرّع العراقي[٢].

محاولة ترجيح أحد النصين أو الدليلين على الآخر إذا لم يمكن الجمع بينهما كالتعارض بين العام والخاص فيرفع بترجيح العمل بالخاص على العمل بالعام عن طريق تخصيص العام والتعارض بين المطلق والمقيد فيرفع بترجيح العمل بالمقيد وحمل المطلق على المقيد كما يأتي تفصيل ذلك في محله.

وفي الآيتين المذكورتين رفع الجمهور التعارض بينهما بترجيح العمل بآية: ﴿وَأُوْلَاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ على الآية الأولى بالنسبة للحامل المتوفى عنها زوجها استناداً الى حديث سبيعة الأسلمية.

---

[١] سورة الطلاق/٤

[٢] المادة (٣/٤٨) من قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ سنة ١٩٥٩.

-٩٩-

قاعدة

(كل حكم شرعي لابد له من سبب شرعي)[١]

ومضمون هذه القاعدة هو أنه إذا كان مصدر الحكم هو الشرع، فإن الشرع لم يُشرّع حكماً بدون سبب شرعي، فالأسباب الشرعية هي التي تُبنى عليها الأحكام الشرعية.

ومن تطبيقات هذه القاعدة:

أ. إباحة معاشرة الرجل للمرأة حكم شرعي له سبب يجب تلقيه من الشرع، كما في قوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ..الآية﴾[٢]، فما لم يُسمع من الشرع لا يكون سبباً صحيحاً، والسبب لإباحة المعاشرة المذكورة هو عقد الزواج الصحيح، كما في قوله تعالى: ﴿فَانكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاء..الآية﴾[٣].

ب. قطع يد السارق حكم شرعي وله سبب شرعي وهو أخذ مال الغير خُفية من حِرز مثله بشروطه، كما في قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُواْ أَيْدِيَهُمَا ...﴾[٤].

ج. الزكاة إنما تجب في مال مخصوص، إذا وجِد سببها وهو بلوغ المال حدّ النصاب، ووجِد شرطها وهو حولان الحول، أي مضيّ عام على امتلاك النصاب وما فوقه.

---

[١] الفروق للقرافي، ٣/١٤٤.
المصنف لإبن أبي شيبة ٦/١٨٠.
[٢] النساء : ١٩
[٣] النساء : ٣
[٤] المائدة : ٣٨

-١٠٠-

قاعدة
(كل قرض جرّ نفعاً فهو ربا)

نُسبت هذا القاعدة إلى الرسول(ﷺ)[١] وهذه النسبة خطأ لا يُغتفر، لأنها من كلام التابعين والأئمة المتبوعين، وأن القرض الربوي هو القرض الجاهلي، الذي كان ينشأ بالطريقة الآتية:

المحتاج إلى القرض يأخذ من المقرض مائة ألف دينار مثلاً بفائدة ٢٠٪ من المبلغ لمدة سنة، ثم تمضي هذه السنة، لا يستطيع المدين أن يقوم بوفاء أصل الدين ولا بدفع الربح، وكان المقرض يقول للمقترض (زدني مبلغاً أزدك أجلاً)، فيُمدد أجل القرض لمدة سنة أخرى مقابل زيادة ٢٠٪، وهكذا يستمر الأمر عدة سنوات، فلا يستطيع المدين أن يقوم بوفاء أصل الدين ولا بتسديد أرباحه، وكان في العرف السائد في الرومان وفي العصر الجاهلي قبل الإسلام عند العرب، للدائن الحق في أن يستعبد المدين وزوجته وأولاده وأن يبيعهم في السوق ليستوفي دينه من ثمن هذا البيع.

فهذا الربا هو الذي قال في حقه سبحانه وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ اتَّقُواْ اللّهَ وَذَرُواْ مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ، فَإِن لَّمْ تَفْعَلُواْ فَأْذَنُواْ بِحَرْبٍ مِّنَ اللّهِ وَرَسُولِهِ وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ لاَ تَظْلِمُونَ وَلاَ تُظْلَمُونَ﴾[٢] [٣].

---

[١] أخرجه البيهقي في السنن الكبرى بلفظ: "كل قرض جر منفعة فهو وجه من وجوه الربا. (٣٥٠/٥) وفي الجامع الصغير بلفظ: "كل قرض جر منفعة فهو ربا" (١٥٣/٤) برقم (٤٢٤٩).
قال محمد البيروتي الشافعي في كتابه أسنى المطالب في أحاديث مختلفة المراتب: خبر "كل قرض جر منفعة فهو ربا" فيه سوار بن مصعب متروك ساقط فاستدلال الفقهاء به في غير محله، وقال الألباني في الإرواء (٢٣٥/٥) رقم (١٣٩٨): ضعيف، أخرجه البغوي في حديث العلاء بن مسلم (ق١٠/٢): ثنا سوار (يعني ابن مصعب) عن عمارة عن علي بن أبي طالب مرفوعا. قلت (أي الألباني): وهذا إسناد ضعيف جدا.

[٢] البقرة : ٢٧٨-٢٧٩

[٣] يُنظر في تفصيل هذا الموضوع، التفسير الكبير للإمام الرازي ٣/٥.

ومن الواضح أن الرسول(ﷺ) عمِل بخلاف هذا القول، حيث كان يرد للمقترض أكثر مما اقترضه منه كما جاء في الحديث الشريف.[1]

ثم إن كل قرض سواء كان بفائدة أو بدون فائدة، يجرّ نفعاً لكلٍ من المقرض والمقترض، مادياً أو معنوياً، لأن الإقدام على أي عمل بدون نفع يُعتبر سفهاً وعبثاً بعيدا عن إختيار الإنسان البالغ العاقل الناضج.

ثم إن هذه القاعدة مخالفة لأعمال الرسول(ﷺ).

المصنف لابن أبي شيبة ٦/١٨٠.

[1] في صحيح مسلم، باب: من استلف شيئاً فقضى خيراً منه وخَيْرُكُمْ أَحْسَنُكُمْ قَضَاءً (٩٦١): عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ قَالَ كَانَ لِرَجُلٍ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حَقٌّ فَأَغْلَظَ لَهُ فَهَمَّ بِهِ أَصْحَابُ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِنَّ لِصَاحِبِ الْحَقِّ مَقَالًا فَقَالَ لَهُمْ اشْتَرُوا لَهُ سِنًّا فَأَعْطُوهُ إِيَّاهُ فَقَالُوا إِنَّا لَا نَجِدُ إِلَّا سِنًّا هُوَ خَيْرٌ مِنْ سِنِّهِ قَالَ فَاشْتَرُوهُ فَأَعْطُوهُ إِيَّاهُ فَإِنَّ مِنْ خَيْرِكُمْ أَوْ خَيْرَكُمْ أَحْسَنُكُمْ قَضَاءً.(١٦٠١/١٢٠)

(حرف اللام)

-١٠١-

قاعدة

(لا اجتهاد في مورد النص)[١]

الصواب:

(لا اجتهاد في مورد النص بمعناه الخاص)

هذه القاعدة وردت مطلقة، وقد فسرها خطأ البعض على إطلاقها، منهم أستاذنا الدكتور عبدالكريم زيدان في كتابه (الوجيز في شرح القواعد الفقهية)ص٣٧، فقال: "والمراد بالنص نصوص القرآن والسنة النبوية المطهرة وما ثبت بالإجماع الشرعي".

وهذا خطأ، وذلك لأن النص من حيث الثبوت له أربعة أنواع:

١- قطعي الثبوت والدلالة كالنصف والربع في قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ﴾[٢].

٢- قطعي الثبوت ظني الدلالة كقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ﴾[٣]. فلفظ القرء في لغة العرب مشترك بين الطهر والحيض، لذا اجتهد الفقهاء في تحديد المعنى المراد من هذين المعنيين، فقال الحنفية[٤] والحنابلة[٥] والاباضية[٦] إن المراد به هو الحيض، وقال الشافعية[٧] والمالكية[١]

---

١ المادة (٢) المدني العراقي

٢ سورة النساء/١٢

٣ سورة البقرة/٢٢٨

٤ الهداية وشرح فتح القدير ٤ / ٣٠٨.

٥ المغني لابن قدامة ٧/ ٤٥١.

٦ كتاب النكاح للجناوني ص ٣١٢.

٧ مغني المحتاج للشربيني ٣ / ٣٨٥.

والشيعة الامامية[٢] والظاهرية[٣] إن المراد به هو الطهر.[٤] فهذه الاجتهادات قائمة مع وجود نص قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ... الآية﴾.[٥]

٣- ظني الثبوت وقطعي الدلالة كقول الرسولﷺ (أعطوا الجدة السدس)، فالحديث كان ظني الثبوت قبل الإجماع على مضمونه، لأنه من أحاديث الآحاد، أما السدس الوارد فيه فقطعي الدلالة.

٤- ظني الثبوت والدلالة كقول الرسولﷺ: ((لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ))، فالحديث من أحاديث الآحاد، فهو ظني الثبوت، ولفظ (ما) أيضا ظني الدلالة، لأن الفقهاء اختلفوا في تحديد معناه، فمنهم من قال: (المراد به الطعام، لأنه سريع التلف)، ومنهم من قال: (إن المراد المال المنقول)، ومنهم من قال: (المال مطلقاً).

ومن الواضح أن عدم جواز الاجتهاد يقتصر على النوع الأول من الأنواع المذكورة، لذا يجب أن يُعدل هذه القاعدة كالآتي:

(لا اجتهاد في مورد النص بمعناه الخاص) أي نص يكون ثبوته قطعيا ودلالته على الحكم قطعية.

---

[١] شرح الخرشي ٤ / ١٣٨

[٢] الروضة البهية واللمعة الدمشقية ٢ / ١٥٦.

[٣] المحلى لابن حزم الظاهرية ١٠ / ٢٥٧

[٤] يُراجَع بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد، ٢ / ٧٤ وما يليها، للاطلاع على هذه الادلة للطرفين.

[٥] البقرة : ٢٢٨

ـ١٠٢ـ

قاعدة

(لا تركة إلا بعد سداد الدين)

الصواب:

(لا نفاذ للتصرف في التركة إلا بعد سداد الدين)

ومضمون هذه القاعدة هو أن التركة المدينة لا تنتقل إلى الورثة إلا بعد تسديد الدين، وهذا خطأ شائع، لأن التركة منذ لحظة وفاة المورث تنتقل ملكيتها إلى ورثته، ممن يكونون على قيد الحياة بعد وفاة المورث، وتتوفر فيهم سبب من أسباب الميراث وهو القرابة أو الزوجية، سواء كانت التركة مدينة أو لا، فالدين لا يكون مانعا من انتقال هذه الملكية إلى الورثة.

وقد نظم هذه الحقيقة المرحوم الشيخ معروف النودهي (رحمه الله) في كتابه (القطر العارض) وهو يقول:

والدَين لا يمنع من أن يَملكا
ورثة الميت ما قد تركا
لكن به علّق كالمرهون
لأنه أحوط للمدفون
فلم يكن تصرف فيه نفذ
من وارث إذن الغريم ما أخذ

أي إن التركة تنتقل ملكيتها إلى الورثة بمجرد وفاة المورث، لكن لا يحق لأحد منهم أن يتصرف في أي جزء من أجزاء التركة إلا بعد تسديد الدَين أو إذن الدائن.

وبناءً على هذه الحقيقة يجب تعديل هذه القاعدة الشائعة الخاطئة بالآتي:

(لا نفاذ لتصرف الورثة في التركة المدينة إلا بعد تسديد الدَين أو إذن الدائن).

-١٠٣-

قاعدة

(لا حُجَّةَ مَعَ الِاحْتِمَالِ النَّاشِئِ عَنْ دَلِيلٍ)[١]

أي إن ما يعتبر حجة في الأصل كالإقرار والشهادة، إذا طرأ عليه احتمال يزيل الثقة بـه، فإذا كان هذا الاحتمال ناشئا عن دليل، فلا يُعتبر ذلك حجة ولا يبنى عليه حكم. أما الاحتمال المجرد فلا يخل بما هو حجة في الأصل.

ومن تطبيقاتها:

١- لو أقرّ شخص لأحد ورثته بدين، فإذا كان في مرض موته لا يُعتبر إقراره، ما لم يُصدقه باقي الورثة، رغم أن الإقرار حجة في الأصل، ملزمة للمقر. وسبب ذلك هو احتمال كون المريض قد أقرّ كذبا بقصد حرمان سائر الورثة، وهذا الاحتمال ناشئ عن دليل وهو مرض الموت، أما إذا كان الإقرار في حالة الصحة، فإنه يُعتبر، لأن احتمال حرمان سائر الورثة احتمال مجرد ونوع من التوهم، فلا يمنع حجة الإقرار.

٢- لا تُعتبر شهادة الأجير الخاص لمؤجره ولا الشريك لشريكه في مال الشركة ولا من يتعيّش في نفقة شخص لذلك الشخص، ولا شهادة الأصول للفروع أو عكس ذلك، لاحتمال جرّ مغنم أو دفع مغرم، أي كون جلب المنفعة أو دفع المضرة، وهذا الاحتمال ناشئ عن دليل وهو القرابة أو التعيّش بالنفقة أو الشركة أو نحو ذلك.

٣- لو اشترى الوكيل لنفسه المال الذي وكل به، يكون الشراء باطلاً. لو باع الوكيل المال الذي وكل به لمن لا تقبل شهادته له كأبيه وولده وزوجته، بدون تفويض الموكل، يكون البيع باطلاً.

---

١ مجلة الأحكام العدلية، م٧٣

-١٠٤-

قاعدة
(لا سلطان للنص الجنائي على ما يُرتكب قبل نفاذه وبعد الغائه)[1]

لا يعرف القانون الوضعي نصوصا أبدية، فالنص ينشأ في زمن معين، وينقضي سلطانه في زمن معين، لذا يكون السلطان الزمني للنص محصوراً بين لحظتين، لحظة نفاذه ولحظة إلغائه، فلا سلطان له قبل اللحظة الأولى ولا بعد اللحظة الثانية، بل ينحصر سلطانه في الفترة ما بين اللحظتين.

وبناء على ذلك يلزم لتطبيقه التأكد من أمرين:

أحدهما معرفة الوقت الذي أصبح فيه النص التجريمي نافذاً.

والثاني بقاؤه سارياً في وقت ارتكاب الفعل المكون للجريمة.

ومعرفة نفاذ القانون لا صعوبة فيها، لأن وقته تحدده القواعد الدستورية أو القانونية المتعلقة بالتشريع، وكذا وقت ارتكاب الجريمة أمر ميسّر إذا تحققت النتيجة بعد اقتراف الفعل الجرمي مباشرة، كما في أكثر الجرائم الوقتية، مثل جريمة القتل بالطلقة النارية، وإنما الصعوبة في حالات تأخر النتيجة عن الفعل الجرمي، بأن يصدر قانون بعد ارتكاب الفعل الجرمي وقبل تحقق النتيجة، بحيث يختلف حكمه عن القانون السابق الذي تمت الجريمة في ظله. لذا نصّت قوانين العقوبات في العالم على أن العبرة بوقت تمام الأفعال الجرمية، لا بوقت تحقق نتائجها.

وهذه القاعدة ليست مطلقة، بل تَرِد عليها قيود، منها ما يتعلق بنوع النص، ومنها ما يُعتبر استثناءً منها.

---

[1] الدكتور محمود نجيب حسني، الموجز في شرح قانون العقوبات، القسم العام، ص٦٢ وما يليها.

أولا/ ما يتعلق بنوع النص:

يرِد على القاعدة قيدان:

أ- اقتصارها على النصوص الموضوعية، أي النصوص المبيّنة لأركان الجريمة وشروطها. وعلى سبيل المثل النص الذي يُجرّم السرقة يتضمن شروطا معينة يجب توافرها ككون المال منقولاً ومملوكاً للغير، أما النصوص المتعلقة بالإجراءات التي مكانها أصول المحاكمات الجزائية وقانون المرافعات المدنية كتحريك الدعوى، فهي تسري من وقت نفاذها.

ب- عدم شمول القاعدة للنصوص التفصيلية، وهي نصوص لا تجرّم أفعالاً لم يُجرمها القانون السابق، ولا تضيف أحكاماً جديدة، وإنما يُقصد من تشريعها توضيح أحكام قائمة لم تكن واضحة، فهي لها حكم مُفسّرها.

الاستثناء من القاعدة:

يستثنى من هذه القاعدة النصوص التي تكون هي الأصلح للمتهم، فإذا صدر قانون أو أكثر بعد ارتكاب الجريمة وقبل أن يُصبح الحكم الصادر فيها نهائياً، يُطبّق القانون الأصلح للمتهم.

متى يكون القانون الجديد أصلح للمتهم؟

بالإمكان معرفة الأصلح من الطرق الآتية:

أولا: على القاضي المقارنة بين القانونين القديم والجديد بالنسبة إلى متهم معيّن بالذات، مع رعاية ظروفه الخاصة، وتكييف الجديد بأنه أصلح للمتهم وظيفة القاضي ولا شأن للمتهم به، فلا يجوز للقاضي أن يترك الخيار للمتهم ليُحدد له الأصلح من القانونين.

ثانيا: على القاضي أن يستشهد بضوابط ومعايير معينة ويكون الجديد أصلح في ضوء المعايير الآتية:

١- إذا أباح الجديد الفعل بعد أن جرّمه القديم.

٢- إذا خفف الجديد العقوبة.

٣- إذا أقرّ الجديد مانعاً جديدا من موانع المسؤولية الجنائية، بأن يرفع سنّ بدء المسؤولية الجزائية، كما رفع قانون رعاية الأحداث هذه السن من إكمال السابعة من العمر إلى إكمال التاسعة.[1]

٤- إذا قرر الجديد عذرا قانونيا معيّنا كإعفاء الجاني المخبر عن سائر الجناة من العصابة من العقوبة.[2]

٥- إذا أضاف الجديد للجريمة ركناً جديداً أو شرطاً جديداً لم يكن موجوداً في ظل القانون القديم.

٦- إذا تضمن كل من القديم والجديد ما هو أصلح للمتهم، فعلى القاضي أن يطبق من القانونين الحكم الأصلح للمتهم.

٧- القانون الذي يقرر عقوبة واحدة أصلح من الذي يُقرر عقوبتين معاً، كالحبس والغرامة.

---

[1] قانون رعاية الأحداث رقم (٧٦) لسنة ١٩٨٣ المادة (٤٧): "ولا تُقام الدعوى الجزائية على من لم يكن وقت ارتكاب الجريمة قد أتم تاسعة من عمره".
بينما كان سابقا سن التمييز سبع سنوات كاملة... المادة ٢/٧٩ من المدني العراقي، رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

[2] المادة (٥٩) من قانون العقوبات العراقي النافذ.

-١٠٥-

قاعدة
(لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ)[١]

وفي بعض المؤلفات[٢] وردت هذه القاعدة بتعبير (الضرر يُزال)، غير أن هذه الصورة فرع من فروع قاعدة (لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ)، نوع من أنواع جنس قاعدة (لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ).

هذه القاعدة وردت على لسان رسول اللهﷺ.[٣]

ومن الواضح أن كُلا من لفظي (ضرر) و(ضرار) نكرة واقع في حيّز النفي، ومن القواعد الأصولية أن النكرة تفيد العموم في الحالات الآتية:

أ- إذا وقعت في حيز النفي كما في هذه القاعدة.

ب- أو في حيّز النهي كما في قوله تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ يَسْخَرْ قَومٌ مِنْ قَوْمٍ عَسَى أَنْ يَكُونُوا خَيْرًا مِنهُمْ وَلاَ نِسَاءٌ مِنْ نِسَاءٍ عَسَى أَنْ يَكُنَّ خَيْرًا مِنهُنَّ﴾[٤] فكل من لفظ (قوم) و(نساء) نكرة واقع في حيز النهي يفيد العموم، والمراد بالقوم كل ذكر وبالنساء كل أنثى.

ج- كذلك النكرة تفيد العموم إذا وقعت في حيّز الشرط كما في قوله تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا أَنْ تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْبِحُوا عَلَى مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ﴾[٥].

د- إذا كان موصوفا بصفة عامة كما في قوله تعالى: ﴿وَلَأَمَةٌ مُؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكَةٍ.... وَلَعَبْدٌ مُؤْمِنٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكٍ...﴾[١]، فكل من لفظ (عبد) و(أمة) موصوف بصفة عامة فيفيد العموم.

---

١ مجلة الأحكام العدلية، م١٩

٢ مثل القواعد الفقهية الكلية الخمس الكبرى، محمد بن مسعود، ص٣٢٥ ومايليها.

٣ جامع العلوم والحكم، الحديث الثاني والثلاثون لا ضرر ولا ضرار

٤ سورة الحجرات/ ١١

٥ سورة الحجرات/ ٦

والمراد بقول (لا ضرر) هو أنه لا يجوز الحاق أي ضرر بالغير بغير مبرر شرعي أو قانوني، كما أن المراد بلفظ (لا ضرار) عدم جواز مقابلة الضرر بالضرر في القضايا المدنية، بل على المضرور مراجعة القضاء وإقامة الدعوى على محدث الضرر والمطالبة بتعويضه بالمثل، إذا كان ما حدث فيه الضرر مثليا، وبقيمته إذا كان قيمياً.

أما في القضايا الجنائية فيجوز مقابلة الضرر بالضرر، كما في القصاص في قوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا[٢] أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالأنفَ بِالأنفِ وَالأُذُنَ بِالأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾.[٣] ففي هذه الآية الكريمة يُقابل الضرر بالضرر على أساس القصاص، فمن قتل نفسا يُعاقب بالقصاص في النفس، وهكذا بقية الأقسام.

اهمية هذه القاعدة:

تُعد هذه القاعدة من أهم اسس الشريعة تُبنى عليها كثير من أبواب الفقه. يقول الخطيب البغدادي: سمعت عبدالله بن أبي داود السجتاني، يقول سمعت أبا سليمان بن الأشعث، يقول "الفقه يدور على خمسة أحاديث، (الحلال بيّن والحرام بيّن)[٤] وحديث (لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ)[٥] وحديث (إنما لأعمال بالنيات وإنما لكل إمرئ ما نوى)[٦] وحديث (إنما الدين النصيحة)[٧] وحديث (ما نهيتهم عنه فأجتنبوه وما أمرتكم به فأتوا منه ما استطعتم)[٨]"[٩].

وبناء على الأحاديث، تُعتبر قاعدة (لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ) من أركان الشريعة الإسلامية.

قاعدة (لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ) قاعدة رئيسة تندرج تحتها فروع، وبتعبير آخر جنس ينسدرج تحته أنواع، ورغم ذلك جعل علماء أصول الفقه والباحثون كل فرع من هذه الفروع قاعدة مستقلة عن هذه القاعدة، فالمفروض أن تُجمع كل الفروع أو الأنواع تحتها وتُعالج أحكامها

---

١ سورة البقرة/ ٢٢١
٢ أي في التوراة.
٣ سورة المائدة/ ٤٥
٤ صحيح البخاري ٢٨/١، رقم ٥٢... وصحيح مسلم، ج٢١٩/٣، رقم ١٥٩٩.
٥ سنن ابن ماجة، ٧٨٤/٢، رقم ٢٣٤٠.
٦ صحيح البخاري ٣/١، رقم ١... وصحيح مسلم ١٥١٥/٣، رقم ١٩٠٧.
٧ سنن النسائي ١٥٦/٧، رقم ٤١٩٧.
٨ صحيح مسلم ١٨٣٠/٤، رقم ١٣٣٧
٩ احمد بن علي بن ثابت الخطيب البغدادي، مكتبة المعارف، الرياض، تحقيق د.محمد الطحان، ١٤٠٣هـ.

حتى لا يكون مخالفاً لميزان المنطق الذي يعتبر الانواع أو الفروع متباينة مندرجة تحت جنسها إندراج الأخص تحت الأعم، كما يعتبر الأنواع والفروع متباينة. ومن تلك الفروع أو الأنواع التي جعلت قواعد مستقلة عنها ما يلي:

١- قاعدة (الضرورات تجيز المحظورات):

وقد سبق تفصيلها.

٢- قاعدة (الضَّرَرُ لَا يُزَالُ بِمِثْلِهِ) [1] او (الضرر لا يزال بالضرر):

الضرر ظلم واعتداء، ومحرم شرعا، فيجب رفعه بأية وسيلة متيسرة، ففي المبيع المعيب للمشتري فسخ عقد البيع إذا أمكن إثبات أن العيب كان موجودا قبل القبض وأنه يبرر شرعا وقانونا فسخ العقد لإزالة الضرر، ما لم يكن هناك مانع، ومن موانع الفسخ وجود عيب جديد عند المشتري، ففي هذه الحالة لا يجوز فسخ العقد، بل يجب على البائع دفع الأرش للمشتري، والمراد بالأرش هو الفرق بين قيمة المبيع سالما وقيمته معيبا.

٣- قاعدة (الضَّرَرُ يُدْفَعُ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ) [2]:

وهي تندرج تحت قاعدة (لا ضرر ولا ضرار)، وعلى سبيل المثل الغصب ضرر يجب أن يُرفع برد عين المغصوبة للمغصوب منه إذا أمكن، وإذا لم يمكن يجب دفع بدل المغصوب من المثل إذا كان مالا مثليا وقيمته يوم الغصب إذا كان قيميا.
وهذه القاعدة يجب تعديلها بالآتي: (الضرر يُرفع بقدر الإمكان)، لأن دفع الشيء يكون قبل الوقوع، أما الرفع فيكون بعد الوقوع، ومن الواضح أن الضرر يُرفع بعد الوقوع. وإذا حدث في المال المغصوب أو المسروق مثلا عيب يُنقص عينه أو قيمته أو منفعته، فيجب رد العين المغصوبة أو المسروقة مع دفع تعويض للضرر الذي وقع في العين.

---

١ مجلة الأحكام العدلية، م٢٥
٢ مجلة الأحكام العدلية، م٣١

٤- قاعدة (الضَّرَرُ الْأَشَدُّ يُزَالُ بِالضَّرَرِ الْأَخَفِّ)[١]:

هذه القاعدة أيضا فرع من فروع قاعدة (لا ضرر ولا ضرار)، وعلى سبيل المثل من أصيب عضو من أعضائه كرجله أو يده بالسرطان، يجوز قطع العضو المصاب طبياً لمنع انتشار المرض في سائر أعضاء الجسم، لأن ضرر هذا القطع أخف من ضرر انتشار المرض في جسم المصاب كله.

٥- قاعدة (إِذَا تَعَارَضَ مَفْسَدَتَانِ رُوعِيَ أَعْظَمُهُمَا ضَرَرًا بِارْتِكَابِ أَخَفِّهِمَا)[٢]:

وعلى سبيل المثل إجهاض الجنين ضرر واعتداء على حياته، أما إذا ثبت طبيا عن طريق اللجنة الطبية المختصة أن بقاء هذا الجنين في بطن أمه خطر على حياتها، فيجب إجهاضه، لأن حياة الأم محققة، وحياة الجنين احتمالية، فإذا تعارض ما هو حقيقي مع ما هو احتمالي، فيحافظ على الحقيقي بدفع الاحتمالي.

٦- قاعدة (يُتَحَمَّلُ الضَّرَرُ الْخَاصُّ لِدَفْعِ ضَرَرٍ عَامٍّ).[٣]

معنى القاعدة الضرر العام يُصيب عامة الناس فلا اختصاص لأحد بهذا الضرر، وأن القاعدة الأصولية العامة تقضي بأنه إذا تعارضت المصلحة الخاصة مع المصلحة العامة، تُقدم رعاية المصلحة العامة على رعاية المصلحة الخاصة.

ومن تطبيقات هذه القاعدة استملاك الأراضي الخاصة لتوسيع المؤسسات العامة مقابل تعويض عادل، وليس لأصحابها معارضة ذلك، لأن المصلحة العامة ينبغي أن تُقدم على المصلحة الخاصة، فيجب تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام المتوقع من عدم استملاك تلك الأراضي الخاصة.

---

١ مجلة الأحكام العدلية، م٢٧

٢ مجلة الأحكام العدلية، م٢٨

٣ مجلة الأحكام العدلية م٢٦.

٧- قاعدة (دَرْءُ الْمَفَاسِدِ أَوْلَى مِنْ جَلْبِ الْمَنَافِعِ) [١]:

أي إذا تعارضت مفسدة مع منفعة بأن كان الحصول على المنفعة لا يأتي إلاّ بإجراء المفسدة، فإن المفسدة تُدفع بترك المنفعة وعدم جلبها.
ومن تطبيقات هذه القاعدة أن المالك يُمنع عن التصرف في ملكه إذا كان تصرفه يُضرّ بجاره ضرراً جسيما. [٢]

٨- قاعدة (الْحَاجَةُ تُنَزَّلُ مَنْزِلَةَ الضَّرُورَةِ عَامَّةً أَوْ خَاصَّةً) [٣]:

فالحاجة العامة هي التي لا تخصّ ناسا دون ناس، ولا إقليما دون إقليم، كحاجة الناس إلى الإيجار والاستئجار. فذهب فقهاء الحنفية إلى أن الأصل في عقد الإيجار هو البطلان، لأن محله وهو المنفعة غير موجود حين إنشاء العقد، لأنها عرض يتجدد بتجدد الزمان. ونرى أن هذا الرأي خاطئ لأنه خلط بين المنفعة وهي الطاقة الكامنة في الرقبة وبين الانتفاع بالمنفعة، فالانتفاع هو الذي يتجدد بتجدد الزمان دون المنفعة، فالمؤجر يكون مالكا للرقبة خلال مدة الإيجار، والمستأجر يكون مالكا للمنفعة فقط، وملكية كل منهما ناقصة، فالصواب أن يكون المثال في تطبيق هذه القاعدة عقد السلم، وهو: بيع جنس معلوم بصفة معلومة ومقدار معلوم إلى أجل معلوم. [٤] لأن محل العقد حين إنشائه غير موجود وأُجيز استثناءً رعاية لحاجة الناس إلى هذا العقد. فصاحب رأس المال يحتاج إلى استثمار ماله، وصاحب المزرعة يحتاج إلى استثمار أراضيه الزراعية، ولذلك لما هاجر الرسولﷺ إلى المدينة فوجد أن المعاملة بعقد السلم موجود فأجازه فقال: ((مَنْ أَسْلَفَ(أَسلَمَ) فِي تَمْرٍ فَلْيُسْلِفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ إلَى أجَلٍ مَعْلُومٍ)) [٥]ابن ماجه.

---

١ مجلة الأحكام العدلية، م٣٠
٢ الأستاذ منير القاضي، شرح المجلة ١/٨٩
٣ مجلة الأحكام العدلية، م٣٢
٤ الميزان الكبرى للشعراني ٢/٦٣
٥ التحقيق في مسائل الخلاف لابن الجوزي، كِتَابُ الْبُيُوعِ، مَسَائِلُ السَّلَمِ.

٩- قاعدة (الضَّرَرُ يُزَالُ)[١]

أي إنه تجب إزالة الضرر عند طلب المضرور ذلك، لأنه ظلم، والظلم تجب إزالته. وإزالة الضرر تكون على أربع صور وهي:

أ- بلا إحداث ضرر على الأخذ بهذه الإزالة.

ب- بإحداث ضرر على الغير أقل من الضرر الأول.

ج- بإحداث ضرر على الغير مثل الضرر الأول.

د- بإحداث ضرر على الغير أكبر من الضرر الأول.

فإزالة الضرر بإحدى الصورتين الأخيرتين غير جائزة، لأن الظلم لا يجوز أن يُرفع بإحداث ظلم مثله أو أشد منه.

١٠- قاعدة (الضرورات تقدر بقدرها)[٢]

أي ما أبيح للضرورة يقدّر بقدر ما يدفع الضرورة، فلا يُباح ما يتجاوز هذا الحد، والأجدر أن تُعدل هذا القاعدة بالآتي: (ما أُجيز للضرورة يُقدّر بقدرها).

ومن تطبيقات هذه القاعدة:

أ- إذا أحدث أحد شيئا كان مطلا على مقر جلوس جاره، يُكلف بقدر ما يدفع وقوع النظر على عورات أهله.

ب- إذا أشرف أحد على هلاك من الجوع، فيباح له أن يتناول من طعام غيره بقدر ما يدفع به الهلاك على أن يدفع لصاحبه العوض إذا طالب به.

ج- تعدد الجمعة لعسر الإجتماع في مكان واحد لا يجوز إلا بقدر ما يندفع به هذا العسر، فلو اندفع بجمعتين لم يجز بالثالثة.[٣]

د- لا يجوز تخصيص بعض الورثة بزيادة على فرضه الذي فرضه الله له إلا بإجازة بقية الورثة.

هـ- لا تجوز الوصية بأكثر من الثلث إلا بإجازة بقية الورثة بعد وفاته.

---

١ مجلة الأحكام العدلية، م٢٠

٢ مجلة الأحكام العدلية، م٢٢

٣ الأشباه والنظائر للسيوطي ١/٨٥.

و- من باع مالا لشخص وأفلس قبل دفع ثمنه، للبائع فسخ العقد واسترداد المبيع.
ز- يجوز للزوجة فسخ الزواج عن طريق القضاء إذا كانت متضررة مادياً أو معنوياً.
ح- يجوز شق بطن الميت إذا كان فيه جنين حي أو مال نفيس.[١]

ومن الواضح أن هذه القواعد العشر وما يتفرع عنها، فروع للقاعدة الرئيسة (لا ضرر ولا ضرار)، وتلك القاعدة بمثابة الجنس، وما يندرج تحتها بمثابة الأنواع، وكل نوع من الأنواع أخص من الجنس الذي يندرج تحته مطلقاً، كما أن الجنس أعمّ مطلقاً، وأن كل نوع قسيم للأنواع الأخرى وقسيم الشيء مباين له.

وبناءً على هذه القاعدة المنطقية ليس من الصحيح جعل تلك الأنواع العشرة وما يتفرع عنها قسيمة لجنسها وهو القاعدة الرئيسة، وهذا مخالف لميزان المنطق.

وهذه القاعدة من السنن النبوية ومصادرها في القرآن الكريم آيات كثيرة، منها:

١- قوله تعالى: ﴿..وَلاَ تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِّتَعْتَدُواْ...﴾[٢].
٢- قوله تعالى: ﴿..لاَ تُضَآرَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلاَ مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ...﴾[٣]
٣- قوله تعالى: ﴿..وَلاَ يُضَآرَّ كَاتِبٌ وَلاَ شَهِيدٌ...﴾[٤].
٤- قوله تعالى: ﴿..وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلاَلَةً أَو امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِن كَانُوَاْ أَكْثَرَ مِن ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاء فِي الثُّلُثِ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَآرٍّ وَصِيَّةً مِّنَ اللّهِ وَاللّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ﴾[٥].
٥- قوله تعالى: ﴿..وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ ...﴾[٦].

---

[١] الأشباه والنظائر للسيوطي، ١/٢٨٧.
القواعد الفقهية الكبرى للأستاذ محمد بن مسعود، ص٣٢٥ وما يليها.
[٢] البقرة : ٢٣١
[٣] البقرة : ٢٣٣
[٤] البقرة : ٢٨٢
[٥] النساء : ١٢
[٦] الطلاق : ٦

-١٠٦-

قاعدة

(لا ضمان على مؤتمن ما لم يُقصّر أو يُفرّط)

ومن البدهي أن وضع اليد على مال الغير إما أن يكون بطريقة مشروعة كيد المستأجر على العين المؤجرة، ويد الدائن المرتهن على المال المرهون، ويد المستعير على العين المعارة.

ففي هذه الصور ونحوها تُسمى اليد يد أمانة، فإذا تلف المال بدون تقصير أو افراط، لا تكون هذه اليد ضامنةً.

وقد استثنى سيدنا علي بن أبي طالب (ﷺ) عن هذه القاعدة يد الأجير المشترك، وهو الذي يعمل لأكثر من شخص واحد كالخياط والنجار ونحوهما، فقضى بأن يده يد ضمان، حماية لمصلحة صاحب المواد الأولية، فقضى بضمان يد الخياط إذا تلف القماش تحت يده، وضمان يد المقاول على المواد الأولية للبناء التي تعود ملكيتها إلى صاحب المشروع، فإذا تلفت هذه المواد كلها أو بعضها، تكون يد المقاول ضامنة. ولما سُئل سيّدنا علي كيف يقضي بهذا الضمان، مع أن الرسول(ﷺ) قال: ((لا ضَمَانَ عَلَى مُؤْتَمَنٍ))[1]، فأجاب بقوله المشهور: ((لا يُصلح الناس إلا ذلك))، وأخذ بهذا الرأي فقهاء الحنفية.

وروي عنه: ((من أجّر أجيراً فهو ضامنٌ))[2]. ومراده بالأجير هو الأجير المشترك، أي من يعمل لأكثر من شخص واحد، كالخياط والصباغ والمقاول وغيرهم.

أما يد الغاصب على المال المغصوب والسارق على المال المسروق ونحوهما، فإنها تُسمى يد ضمان، فإذا تلف المال كلياً أو جزئياً، تكون اليد ضامنةً، سواء كانت مقصرةً أو مفرطةً أو لا.

---

[1] (حديث مرفوع) إتحاف المهرة، مُسْنَدُ جَابِرِ بْنِ عَتِيكٍ الأَنْصَارِيِّ الأَوْسِيِّ.

[2] المصنف لإبن أبي شيبة، ١٢٧/٦.

-١٠٧-

قاعدة

(لا عِبْرَةَ بِالظَّنِّ الْبَيِّنِ خَطَؤُهُ)[١]

أي إذا فعل أحد فعلا بناء على ظن ثم تبين بعد ذلك أنه خطأ، فلا عبرة بذلك الفعل.

ومن تطبيقاتها:

١- إذا أعطى شخص لآخر مقدارا من النقود ظانا أنه مدين له بها، ثم تبين أنه ليس مديناً، فله أن يستعيد ما قد دفعه إليه، لأنه دفع غير مستحق.

٢- إذا صالح أحد على شيء، ثم تبين أنه ليس عليه شيء، فله أن يسترد بدل الصلح.

٣- من أتلف مال غيره ظانّا أنه ماله، فلا عبرة بظنه الخاطئ، بل يجب عليه التعويض.

٤- لو أقرّ الزوج بوقوع طلاق زوجته بناء على افتاء المفتي أو القاضي، ثم تبين خلاف ذلك، فالعبرة بالواقع دون الظن الخاطئ.

٥- لو اعترف بدين أو حق آخر لزيد من الناس فدفع له ما اعترف به، ثم تبين خطأه، فله حق استرداد ما دفعه، لأنه دفع غير مستحق أو قبض غير مستحق لعدم وجود سببه.

٦- لو دفع نفقة فرضت عليه بحكم القاضي أو إفتاء المفتي، ثم تبين عدم وجودها، فله استردادها لعدم وجود سبب، وكل التزام باطل إذا لم يكن له سبب.

والحاصل، كل دفع غير مستحق أو قبض غير مستحق بناء على ظن خاطئ عليه دفع حق استرداده لعدم وجود الإلتزام.

---

١ مجلة الأحكام العدلية، م٧٢

-١٠٨-

قاعدة
(لا غلوّ ولا تكلف في الدين)[١]

مضمون القاعدة أن من تكلف عبادة أكثر من طاقته، أو كان من شأنها أن تُعرضه لضرر صحي، كمن صام وهو مريض أو دخل مرحلة الشيخوخة أو كان مسافراً، تكون عبادته تكلفاً أكثر مما كُلّف به، ويكون تاركاً لرخصة منحها الله إياه حماية لصحته، يكون عمله غير مشروع لقوله تعالى:

﴿...فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضاً أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ وَعَلَى الَّذِينَ يُطِيقُونَهُ فِدْيَةٌ طَعَامُ مِسْكِينٍ فَمَن تَطَوَّعَ خَيْراً فَهُوَ خَيْرٌ لَّهُ وَأَن تَصُومُواْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ﴾[٢].

والصوم يكون خيرا في حالة عدم تعرضه لضرر صحي، كأن سافر بالطائرة وهو لا يشعر بتعرضه لضرر صحي. ولأن الإعراض عن العمل بالرخصة يُعد إعراضاً من ضيافة الله ومخالفاً لأمره. كما أنه مخالف لقوله تعالى:

﴿...يُرِيدُ اللّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلاَ يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ﴾[٣].

وقوله تعالى: ﴿..وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ...﴾[٤].

---

[١] من مصادر هذه القاعدة في القرآن الكريم ما يلي:
١- قوله تعالى: ﴿قُلْ مَا أَسْأَلُكُمْ عَلَيْهِ مِنْ أَجْرٍ وَمَا أَنَا مِنَ الْمُتَكَلِّفِينَ﴾ صـ : ٨٦.
٢- قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَسْأَلُواْ عَنْ أَشْيَاء إِن تُبْدَ لَكُمْ تَسُؤْكُمْ ...﴾المائدة : ١٠١.

[٢] البقرة : ١٨٤

[٣] البقرة : ١٨٥

[٤] الحج : ٧٨

-١٠٩-

قاعدة
(لا نفاذ لتصرف تعلق به حق الغير)[1]

ومن تطبيقاتها ما يلي:

أولاً- الوصية بأكثر من ثلث التركة.

تُعتبر الوصية موقوفةً في الزيادة فقط، على الثلث، بعد إخراج الديون ونفقات نقل المتوفى إلى مثواه الأخير.

والمراد بالموقوف هو أنه ينعقد التصرف صحيحاً ولكن لا يُنتج آثاره من الحقوق والإلتزامات، إلاّ بعد إجازة من له حق الإجازة، فالوصية في الزيادة على الثلث موقوفة على إجازة الورثة، ويُشترط في هذه الإجازة توافر الشروط الثلاثة الآتية:

الشرط الأول: أن يكون الوارث أهلا للتبرع، بأن يكون بالغاً عاقلاً مختاراً.

الشرط الثاني: أن يكون الوارث عالماً بمقدار الزيادة، فإذا كان جاهلاً بها، تُعتبر الإجازة باطلة.

الشرط الثالث: أن تكون الإجازة بعد الوفاة (وفاة الموصي) حذراً من الإكراه الأدبي، لأن الوارث إذا أجاز الزيادة في حياة الموصي، فإن إجازته قد تُفسّر بانها كانت تحت ضغط احترام الموصي أو حياءً منه، فعندئذ يُعتبر المجيز مكرهاً إكراهاً معنوياً من قبل الموصي.

ثانيا: الوصية للوارث عند بعض الفقهاء.

فالوصية للوارث اختلف فيها الفقهاء على ثلاثة آراء:

الرأي الأول: أن الوصية للوارث باطلة، لأن آية الوصية للوالدين والأقربين في قوله تعالى: ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْراً الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾.[2] نُسخت بآيات الميراث، وأكّد هذا النسخ

---

[1] مصدر هذه القاعدة الإجماع.
مجلة الأحكام العدلية، م١١٩٢

[2] البقرة : ١٨٠

الرسول(ﷺ): بقوله ((إِنَّ اللَّهَ قَدْ أَعْطَى لِكُلِّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ فَلَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ))[1].
واستناداً إلى هذا الحديث قالوا إن الوصية للوارث باطلةٌ مطلقاً، سواء أجازها الوارث أو لم يُجزها. هذا ما ذهب إليه المالكية. لكن القول بأن آية الوصية منسوخة بآيات الميراث خطأ فاحش، لعدم وجود النسخ في القرآن، كما أثبتُّ ذلك بأدلة عقلية ونقلية في مؤلفي (التبيان لرفع غموض النسخ في القرآن)، فآيات الميراث خصصت عموم آية الوصية، فأخرجت الوصية للوارث وأبقت جواز الوصية لمن لا يرث لسبب من الأسباب كالإختلاف في الدين أو لحجب وارث أقوى.

الرأي الثاني: هو أن الوصية للوارث جائزة ولكنها موقوفة على إجازة بقية الورثة، فإن أجازوها بعد وفاة الموصي، صحّت وإلاّ بطلت بأثر رجعي. وهذا رأي الحنفية والأباضية.

الرأي الثالث: أن الوصية للوارث كالوصية لغير الوارث، فهي صحيحة ونافذة في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث يكون موقوفاً على إجازة الورثة. وبهذا الرأي أخذ المشرع العراقي في القانون المدني النافذ (م/١١٠٨)، فلم يُفرق بين الوصية للوارث وبين الوصية لغير الوارث، وهذا الرأي هو رأي الشيعة الإمامية.

ولدينا **رأي رابع** متواضع، وهو أن تُعتبر الوصية للوارث جائزةً ونافذةً، أجازها الورثة أو لا، في حالات خاصة منها:

أ- أن يكون الوارث الموصى له قاصراً أو أن يكون معوّقاً، لا يستطيع العمل وتأمين عيشه بكرامة.

ب- أن يكون هذا الوارث الموصى له قد ساهم وحده في تكوين التركة مع والده، كأن يكون معه في محل تجاري أو مزرعة أو نحو ذلك.

ج- أن يكون هذا الوارث طالباً مستمراً في دراسته وأن بقية الورثة قد أكملوا دراستهم.

د- أن يقوم الوالد الموصي بتزويج بقية الورثة على نفقته الخاصة، وبقي من مازال غير متزوج، فيوصي له بما يكفي لتسديد نفقات الزواج.

هـ- أن يكون الموصى له بنتاً أرملةً مطلقة أو توفي زوجها أو لم تتزوج وهي في بيت أهلها، لا تملك وسيلة لتأمين عيشها عيشاً كريماً شريفاً.

---

[1] رواه أبو داود

ثالثاً: تصرف المدين الراهن في المال المرهون:

فمن رهن مالاً من أمواله عقاراً أو منقولاً تعلق به حق الدائن المرتهن، لأنه ضمان لدينه، بحيث إذا امتنع المدين من وفاء دينه وفاءً اختيارياً، أو عجز عن هذا الوفاء، يحكم القاضي ببيع المال المرهون بالمزاد العلني وتسديد الدين من ثمنه. وبناءً على ذلك لا يجوز للمدين الراهن أن يتصرف في هذا المرهون تصرفاً يُزيل ملكيته فيه. لأن ذلك يتعارض مع الحكمة والعلة الموجبة لتشريع الرهن، ومشروعية الرهن، فإذا أقدم المدين الراهن على هذا التصرف بدون إذن الدائن المرتهن وقبل أن يفك الرهن بتسديد الدين، يكون التصرف صحيحاً منعقداً لتوافر أركانه وشروطه، ولكنه غير نافذ، أي لا يُنتج الآثار (الحقوق والإلتزامات)، فلا تنتقل ملكيته إلى المتصرف له، بل يكون موقوفاً على إجازة الدائن المرتهن، فإذا أجازه يُصبح نافذاً منتجاً لآثاره، ويكون للدائن المرتهن حق التتبع كما هو المعروف في القانون، وإن لم يُجزه بَطَلَ الرهن، سواء فكّ المرهن بتسديد الدين أو لا. وبخلاف ذلك قال فقهاء القانون والقوانين الوضعية (إن البيع ينعقد صحيحاً نافذاً منتجاً لآثاره، لكن للدائن المرتهن حق التتبع وإسترداد المرهون من يد المشتري).

ونرى أن رأي الفقه الإسلامي أصوب وأقرب للعدالة والمنطق وحماية حق الدائن.

رابعا: تصرف المؤجر في العين المؤجرة:

من أجّر داره لشخص، تنتقل ملكية منفعة الدار إلى المستأجر خلال المدة المتفق عليها في عقد الإيجار، فتبقى ملكية الرقبة للمالك، وبذلك تكون ملكيته للعين المؤجرة ملكية ناقصة، لا يستطيع أن يتصرف فيها تصرفاً مزيلاً للملكية إلا بعد إجازة وموافقة المستأجر. فإذا حصل على هذه الموافقة، تنفسخ الإجارة في الفقه الإسلامي تلقائياً وترجع المنفعة إلى البائع المؤجر، وعلى المستأجر تسليم العين المؤجرة إلى المشتري، إذا لم يرض المشتري بإستمرار الإجارة. والجدير بالذكر أن القانون لا يعتبر العقد موقوفاً، بل يكون منعقداً ونافذاً.

خامساً: تصرف الفضولي:

الفضولي في الفقه الإسلامي غير الفضولي في الفقه الغربي، ففي الفقه الغربي هو من قام بحاجة ضرورية عاجلة لرب العمل تفضلاً منه، لذا سُمي هذا التصرف فضالةً،[1] فيرجع عليه بما أنفق في ذلك. أما الفضولي في الفقه الإسلامي هو التدخل في شؤون

---

[1] ينظر مؤلفنا التزامات في ضوء المنطق والفلسفة- موضوع الفضالة

الغير دون نيابة اتفاقية أو قانونية أو قضائية، ولا يُشترط في هذا التدخل أن يكون هناك ضرورة تقتضيه، وأن الفضولي يُعتبر متطوعاً ليس له الحق في المطالبة بما أنفقه على العمل، إلا عند بعض الفقهاء كابن الجوزية. فمن إشترى مالاً للغير دون نيانة أو باع ماله كذلك بدون نيابة، ينعقد البيع والشراء عند جمهور الفقهاء، ولكن يكون موقوفا على إجازة من تم البيع أو الشراء له.

وقد اختلف الفقهاء في تصرف الفضولي، فقال البعض منهم الشافعية والجعفرية والظاهرية والحنابلة أن تصرف الفضولي باطل للأسباب الآتية:

١- يُشترط الولاية أصالة أو نيابة على محل التصرف، ولا ولاية للفضولي على محل العقد في البيع والشراء.

٢- نهى الرسول(ﷺ) أن يبيع الإنسان ما ليس عنده، والفضولي يتصرف في مال ليس عنده، أي لا يملكه حين انشاء التصرف.

قال الحنفية والمالكية بأن تصرف الفضولي صحيح ومنعقد لكنه موقوف على إجازة المالك للأسباب الآتية:

١- إن التصرف ليس فيه ضرر، لا بالنسبة للمشتري، لأنه لو لم يعلم بمنفعته لما أقدم على الشراء، ولا بالنسبة للمالك لمحل التصرف، لأنه لا يزال يحتفظ بملكية المحل ولا تنتقل إلى المشتري إلا بعد إجازته.

٢- الفضولي شخص كامل الأهلية، تصرف في مال متقوم قابل للتعامل، والقاعدة العامة تقول (إعمال الكلام خير من إهماله).

٣- إن الرسول(ﷺ) وكّل عروة البارقي بأن يشتري له شاة بدينارٍ للأضحية، فاشترى شاتين بدينار واحد، فباع أحدهما بدينار وأتى إلى الرسول بدينار وشاة، وأخبره بذلك، فقال له الرسول(ﷺ): ((بارك الله لك في صفقتك)).[1] ومعنى ذلك أن هذا الصحابي كان فضولياً في إحدى الشاتين، وهذا دليل على صحة تصرف الفضولي، وقد أخذ المشرع العراقي[2] وبقية القوانين للدول العربية بهذين المذهبين (الحنفي والمالكي).

---

[1] حديث مرفوع.. مشكل الآثار للطحاوي، بَابُ بَيَانِ مُشْكِلِ مَا رُوِيَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ.

[2] المدني العراقي النافذ، م١٣٥

-١١٠-

قاعدة

(لا يُسأل الإنسان عن جريرة الغير)

لا يُسأل أحد إلا عن ذنبه وجنايته دون ذنب وجناية الغير.[١]

ومن مصادر هذه القاعدة في القرآن الكريم ما يلي:

١- قوله تعالى: ﴿... وَلاَ تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلاَّ عَلَيْهَا...﴾[٢].

٢- قوله تعالى: ﴿..وَلاَ تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾[٣].

٣- قوله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾[٤].

٤- قوله تعالى: ﴿فَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْراً يَرَهُ وَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرّاً يَرَهُ﴾[٥].

٥- قوله تعالى: ﴿... مَن يَعْمَلْ سُوءاً يُجْزَ بِهِ ...﴾[٦].

٦- قوله تعالى: ﴿وَمَن كَانَ فِي هَـذِهِ أَعْمَى فَهُوَ فِي الآخِرَةِ أَعْمَى وَأَضَلُّ سَبِيلاً﴾[٧].

٧- قوله تعالى: ﴿هَلْ جَزَاء الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ﴾[٨].

٨- قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُواْ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِ﴾[٩].

٩- قوله تعالى: ﴿... فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ ...﴾[١٠].

١٠- قوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالأَنفَ بِالأَنفِ وَالأُذُنَ بِالأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ ...﴾[١١].

---

[١] يراجع كتابي المسؤولية الجنائية ويقابل مبدء شخصية الجريمة.

[٢] الأنعام : ١٦٤

[٣] الأنعام : ١٦٤، الإسراء:١٥

[٤] المدّثر : ٣٨

[٥] الزلزلة : ٧-٨

[٦] النساء : ١٢٣

[٧] الإسراء : ٧٢

[٨] الرحمن : ٦٠

[٩] النحل : ١٢٦

[١٠] البقرة : ١٩٤

[١١] المائدة : ٤٥

-١١١-

قاعدة
(لا يُكلّف المكلف إلاّ بما يندرج تحت استطاعته)

أ- ومن مصادر هذه القاعدة في القرآن الكريم ما يلي:

١- قوله تعالى: ﴿لاَ يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلاَ وُسْعَهَا﴾ [1].

٢- قوله تعالى: ﴿...لاَ تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلاَّ وُسْعَهَا...﴾ [2].

٣- قوله تعالى: ﴿..رَبَّنَا وَلاَ تُحَمِّلْنَا مَا لاَ طَاقَةَ لَنَا بِهِ...﴾ [3].

٤- قوله تعالى: ﴿...لاَ نُكَلِّفُ نَفْساً إِلاَّ وُسْعَهَا...﴾ [4].

٥- قوله تعالى: ﴿...لاَ نُكَلِّفُ نَفْساً إِلاَّ وُسْعَهَا...﴾ [5].

٦- قوله تعالى: ﴿..ولاَ نُكَلِّفُ نَفْساً إِلاَّ وُسْعَهَا...﴾ [6].

٧- قوله تعالى: ﴿...لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلَّا مَا آتَاهَا...﴾ [7].

٨- قوله تعالى: ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ ...﴾ [8].

ب- ومن مصادرها في السنة النبوية: [9]

إن النبي(ﷺ) بعث معاذاً وأبا موسى إلى اليمن قال: ((يسّرا ولا تعسّرا، وبشّرا ولا تنافرا أو تطاوعا)). [10]

---

[1] البقرة: ٢٨٦
[2] البقرة : ٢٣٣
[3] البقرة : ٢٨٦
[4] الأنعام : ١٥٢
[5] الأعراف : ٤٢
[6] المؤمنون : ٦٢
[7] الطلاق : ٧
[8] التغابن : ١٦
[9] القواعد الفقهية الكلية الخمس الكبرى. ص٢٢٦ ومايليها.
[10] صحيح البخاري، كتاب المغازي، باب بعث أبي موسى ومعاذ إلى اليمن قبل حجة الوداع.

-١١٢-

قاعدة
(لا يُنْكَرُ تَغَيُّرُ الأَحْكَامِ بِتَغَيُّرِ الأَزْمَانِ)[١]

الصواب:

(الأحكام الإجتهادية المبنية على الأعراف والمصالح، تتغير بتغيُّر الأزمان والأمكنة)

وجه الصواب أن جميع الأحكام، شرعية كانت أو قانونية، غير قابلة للتغير، بل منها ما تبقى ثابتة ثبوت حياة البشرية على كوكب الأرض.

١- من الأحكام الثابتة:

أ- الأحكام التي تكون قطعية الثبوت وقطعية الدلالة. كثبوت عقوبة جريمة الزنا في القرآن التي حُددت بمئة جلدة في قوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ ..الآية ﴾[٢]. فهذه العقوبة المحددة بمئة جلدة لا تتغير بتغير الأزمان والأمكنة، وبالتالي لا تقبل التشديد والتخفيف.

ب- الأحكام الإعتقادية، كالإيمان بالله، وهو الإعتقاد الجازم الثابت المطابق للواقع بذات الله وصفاته وما يتفرع عن ذلك من الإيمان بسائر المعتقدات.

ج. الأحكام العبرية، لأن تغيرها يعني مخالفتها لما وقعت في الأزمنة الماضية، لأن التغيُّر يستلزم الكذب وهو مستحيل بالنسبة إلى المخبر وهو الله سبحانه وتعالى.

---

[١] مجلة الأحكام العدلية، م٣٩.
ينظر في هذا الموضوع المراجع الآتية:
فتح القدير ٤٣٩/٨ ومابعدها.
حاشية الطحاوي ٣٥٩/٣ وما بعدها.
حاشية السراجية ص٢٣٦.
التركة والميراث للدكتور محمد يوسف موسى ص٣٧٢ وما بعدها.

[٢] النور : ٢

د. الأحكام الكونية، وهي التي تتعلق بمكونات الكون الخاضعة للقانون الطبيعي.
هـ. الأحكام الأخلاقية، كالصدق والعدل، فلا يأتي يوم يكون الصدق فيه قبيحاً والكذب حسناً، وكذلك العدل، فلا يُتصور أن يُصبح قبيحاً ويحل محله ظلم ويكون حسناً. وكذلك سائر الأحكام الأخلاقية الثابتة ثبوت الإنسان في مضمار الحياة.
وهكذا كل حكم أطلق عليه الفلاسفة القانون الطبيعي، لا يتغير بتغير الأزمنة والأمكنة.

٢- الأحكام الإجتهادية المبنية على الأعراف والمصالح، تتغير بتغير تلك الأعراف والمصالح في ضوء مستلزمات ومتغيرات الحياة، كالآتي:

أ- الأحكام المتغيرة حسب تغيرات وتطورات الأهلية.

من البدهي أن الإنسان يمرّ بمراحله الأربع حسب نشأته وتطوره، وتبعاً لذلك تتغير أحكامه الشرعية والقانونية، في ضوء تلك المتغيرات، كالآتي:

أولا: **مرحلة أهلية وجوب الناقصة**، وهي صلاحية الشخص لأن تثبت له بعض الحقوق النافعة وهي لا تحتاج إلى القبول، كحق الميراث بعد وفاة مورثه وحق الوصية بعد وفاة الموصي وحق غَلّة الوقف إذا كان الشخص من الموقوف عليهم، وحق حماية تكوينه الشخصي وسلامته من الإعتداء عليه، وتثبت هذه الأهلية للجنين قبل ولادته، غير أن ما يثبت له من الحقوق المالية لاتكون ملكيته لها نافذة في حال قيام أسبابها، بل تتوقف تلك الملكية الثابتة على ولادته حيّاً، فإذا ولد ميتاً تثبت ماليتها مستندا إلى وقت وجود سببها بالأثر الرجعي، وإن وُلد ميتاً بعد أن كان موجودا، فيُرد كل ما أُحتفِظ به له إلى من يستحقه على تقدير عدم وجوده أصلاً.

أما الحقوق التي تحتاج إلى القبول أصالة أو نيابة، كشراء شيء له، فلا تثبت له، لأن الجنين قبل ولادته ليست له عبارة وليس له نائب شرعي أو قانوني من الولي أو الوصي أو نحوهما.[1]

ثانياً: **مرحلة أهلية الوجوب الكاملة**، وهي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له وعليه، أي تثبت له الحقوق وتجب عليه بعض الإلتزامات بمجرد ولادته حيّاً ويكون

---

[1] ذهب بعض الفقهاء إلى جواز نصب الوصي للجنين قبل ولادته للحفاظ على الحقوق التي تثبت له قبل الولادة. وبهذا الرأي أخذ قانون الولاية على المال المصري الصادر ١٩٥٢م. نقلا عن الشيخ عيسى أحمد عيسوي، المدخل للفقه الإسلامي، ص٤٨٢.

صالحاً لإكتساب الحقوق عن طريق وليه أو وصيه نيابة عنه (نيابة شرعية وقانونية)، وعليه بعض الإلتزامات كالإلتزام بنفقة من عليه نفقته إذا كان متمكناً مالياً، وعليه الزكاة إذا توافرت شروطها عند من يرى أن الزكاة عبادة مالية تغلب فيها المؤنة على العبادة.

وأما من قال بأن جانب العبادة هو الغالب على الجانب المالي، فلا يرى وجوب الزكاة في ماله، لأنه ليس أهلا للعبادة.

وجدير بالذكر أن أهلية الوجوب الكاملة لا تتأثر بأي عارض من عوارض الأهلية، فلو جُنّ بعد الولادة، يفقد أي حق من حقوقه، ولا يسقط إلتزام من التزاماته.

ثالثا- **أهلية الأداء الناقصة**، وهي صلاحية الشخص لصدور بعض التصرفات منه، وتثبت له هذه الأهلية بإكمال السابعة من عمره في المسائل المدنية، والتاسعة من عمره في القضايا الجنائية، وتستمر إلى دخوله في سن البلوغ والرشد.[1]

وخلال هذه المدة تكون تصرفاته النافعة نفعاً محضاً، صحيحة مطلقا (أجازها الولي أم لا) كقبول التبرعات مثل الهبات والهدايا والمكافئات ونحوها.

وتكون تصرفاته الضارة ضرراً محضاً، باطلةً مطلقا (أجازها الولي أم لا)، كأن يقوم بدفع ماله لغيره بدون مقابل.

أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر (أو الربح والخسارة) كالبيع والشراء والإيجار ونحوها من المعاوضات، تكون منعقدة غير نافذة وموقوفة على إجازة وليه، فإذا وافق صحّت بالأثر الرجعي، وترتبت عليها الحقوق والإلتزامات، وإن لم يوافق، تُعتبر كأن لم تكن أصلاً، فلا تترتب عليها الآثار الشرعية والقانونية من تأريخ انشائها.

وجدير بالذكر أن الأهلية الناقصة في القضايا الجنائية تكون بعد اكمال التاسعة من عمره.[2]

رابعا- **أهلية الأداء الكاملة**، وهي صلاحية الشخص لممارسة حقوقه وتحمل المسؤولية المدنية والجنائية بدون ولي أو وصي، ولصدور التبرعات والمعاوضات منه على وجه

---

[1] المادة ١٠٦ من القانون المدني العراقي القائم.

[2] المادة ٤٧ من قانون رعاية الأحداث رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٣.

يُعتد به شرعاً وقانوناً، دون توقفها على رأي غيره، وترتفع الولاية عن القاصر بعد ثبوت رشده، أي حُسن تصرفه في ماله وقدرته على التصرف فيه وإستعماله واستغلاله استغلالاً حسناً، لقوله تعالى: ﴿...فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُواْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ...﴾.[1]

وبتبين لنا تغير الأحكام بالنسبة إلى الإنسان بتغير أهليته في أزمنة مختلفة.[2]

ب- التغيرات المبنية على تغيُر الأعراف والمصالح في مستلزمات ومتطلبات حياة الإنسان، كتطورات وسائل الحياة التكنولوجية والصحية والإجتماعية والقانونية والسياسية والإدارية في مناطق عالم المعمورة من الكرة الأرضية، وكذلك من الفضاء.

---

[1] النساء : ٦

[2] يُنظر مؤلفنا المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية في نمط جديد، ص١٢٢ وما يليها.

-١١٣-

قاعدة

(لأحد الورثة الخروج عن التركة تبرعاً أو معاوضةً)[١]

وهذا ما يُسمى في علم الميراث التخارج.

التخارج: هو عقد يتنازل بموجبه أحد الورثة لشركائه في الميراث عن نصيبه مقابل عوض معلوم من مالهم الخاص أو من التركة.[٢]

ويتميز هذا العقد بميزات منها:

١- لا يشترط لصحته ان تكون أعيان التركة معلومة للمتعاقدين ومعينة في العقد تعييناً تاماً.

٢- لا يكون عقد التخارج إلاّ من وارث لوارث آخر.

٣- لا يشترط تسجيله في الدائرة المختصة إذا كان محله عقاراً.

شروط التخارج:

يشترط لصحة التخارج توافر الشروط الآتية:-

١- التراضي: لا يجوز التخارج الا بعد توافر التراضي التام لجميع أطرافه، وبوجه خاص بالنسبة للوارث الذي يخرج من التركة. فاذا وجد أي ضغط أو اكراه مادي أو ادبي بطل التخارج .

---

[١] ينظر في هذا الموضوع المراجع الآتية:
فتح القدير ٤٣٩/٨ ومابعدها، حاشية الطحاوي ٣٥٩/٣ وما بعدها، حاشية السراجية ص٢٣٦، التركة والميراث للدكتور محمد يوسف موسى ص٣٧٢ وما بعدها.

[٢] وعرّفه قانون التسجيل العقاري العراقي رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٠/ المادة ٢٤٦، بأنه: "يُقصد بالتخارج اتفاق جميع أو قسم من الورثة أو أصحاب حق الإنتقال على اخراج بعضهم من الميراث أو الإنتقال بعوض معلوم من التركة أو غيرها".
والمراد بحق الإنتقال، حق انتقال الأراضي الأميرية أو الزراعية التي رقبتها ملك الدولة، وحق استثمارها لمن يتولى الإستثمار، فهذا الحق ينتقل الى الورثة دون تفريق بين الذكر والأنثى، كما يأتي تفصيل ذلك في محله بإذن الله.

اما اخراج بعض الورثة كبنت المتوفى أو اخته أو زوجته دون مقابل أو مقابل بدل قليل بدون رضاها التام، فإنه لا يجوز شرعاً ويكون التخارج باطلا، لان ذلك يُعد عودةً الى الجاهلية الأولى التي كانت تحرم الأنثى من الميراث.

٢- ان لا تكون التركة مستغرقة بالديون قبل إيفائها، أو تعهد احد الورثة بالايفاء من ماله الخاص، أو تنازل الدائنين عن ديونهم، لان التركة رغم انتقال ملكيتها الى الورثة بعد وفاة المورث، فان التصرف فيها يكون غير نافذ موقوفاً إذا كانت مدينة في حدود الدين.

٣- اهلية التعاقد لكل من اطراف التخارج.

مشروعية التخارج:

الدليل على مشروعية التخارج ما روي من ان تماضر زوجة عبدالرحمن بن عوف صالحوها على (٨٣) أو (٨٠)الف دينار أو (درهم) على اختلاف الروايات وكان له أربع نسوة وكان نصيبها ربع الثمن أي ١/٣٢ سهما من التركة.

وإذا عُدَّ التخارج من عقد الصلح، فإن الدليل على مشروعيته هو قول الرسولﷺ: ((كل صلح جائز بين المسلمين، إلا صلحا أحل حراما أو حرّم حلالا)).[1] وإذا كُيف بأنه بيع فهو مشمول بقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾[2].

صور التخارج:

للتخارج بحسب طبيعته ثلاث صور:

الصورة الأولى: هي ان يتخارج وارث مع وارث آخر على ان يترك له نصيبه نظير مبلغ من ماله الخاص، ففي هذه الحالة تُقسم التركة على الورثة جميعا ويؤول نصيب المتخارج الى من التزم بدفع هذا المبلغ له من الورثة، لأنه في الواقع باع حصته نظير هذا البدل، فيكون له نصيبان، نصيبه من الميراث ونصيب المتخارج.

---

[1] نصب الراية ١١٢/٤، سنن ابن ماجة ٧٨٨/٢.

[2] البقرة : ٢٧٥.

ومن تطبيقات هذه الصورة ما إذا مات شخص عن ابنة وثلاثة بنين وترك (٧٠) دونما من الأرض الزراعية غير الأميرية مثلا، فاتفق احد الأبناء مع البنت (اخته) على ان تتنازل له عن حصتها مقابل مبلغ يدفعه لها، ففي هذه الحالة يكون تقسيم التركة على الوجه الآتي:

أصل المسألة من (٧) عدد الورثة بعد اعتبار كل ذكر أنثيين.

٧٠ ÷ ٧ = ١٠ نصيب البنت

٢ × ١٠ = ٢٠ نصيب كل ابن

ويكون للمتخارج ٢٠ + ١٠ = ٣٠ دونماً.

الصورة الثانية: وهي أكثر صور التخارج وقوعا- ان يتفق أحد الورثة مع باقيهم على ان يترك حصته ويأخذ بدلها جزءا معينا من التركة كالسيارة أو الدار أو قطعة ارض أو نحو ذلك. ويكون باقي التركة للورثة الآخرين، فمتى تم هذا الإتفاق ملك المتخارج ذلك الجزء المعين لنفسه، ويُقسّم الباقي على الورثة بحسب نسبة حصصهم، بغض النظر عن الجزء الذي أخذ في التخارج، بل يُفترض ان المتخارج لم يكن من الورثة وان هذا الجزء لم يكن من التركة أصلا.

ومن تطبيقات هذه الصورة إذا ماتت امرأة عن زوج وابن وبنت وكانت التركة(٣٠) دونما من البستان، فتخارج الزوج مع الإبن والبنت على دار من التركة يأخذها لنفسه، فحينئذ يتملك الدار وتوزع الأرض على الإبن والبنت أثلاثاً، للإبن ثلثان وللبنت ثلث واحد.

الصورة الثالثة: هي ان يتخارج أحد الورثة مع الباقين على بدل يدفعونه له من غير التركة، ففي هذه الصورة إما أن يكون دفع كل واحد منهم بحسب نسبة حصته من التركة، بأن يدفع من له ثلثها ثلث البدل ومن له ربعها ربعه وهكذا، أو يكون الدفع بالتساوي بغض النظر عن نسبة الأسهم، أو يكون كل قد ساهم بقدر أقل أو أكثر مما يقابل سهمه في الميراث، وبناء على هذه الشقوقات الثلاثة فإن لهذه الصورة الثالثة ثلاث حالات:

الحالة الأولى: كالصورة الثانية المذكورة آنفا. تُقسم التركة بنسبة ما لكل منهم، ثم تقسم حصة المتخارج بعد ذلك على الباقين بنسبة أسهم كل واحد منهم أيضاً، لأنهم دفعوا البدل على هذه النسبة.

وعلى سبيل المثل إذا انحصرت الورثة في زوجة وأخوين من الأم وأخ شقيق، وكانت التركة (٣٦) دونما من الأراضي:

يكون أصل المسألة الفرضية (١٢).

للزوجة الربع	(٣ ÷ ١٢)	= (٣٦ × ٣ ÷ ١٢)	= ٩
وللأخوين من الأم الثلث	(٤ ÷ ١٢)	= (٣٦ ÷ ١٢ × ٤)	=١٢
وللأخ الشقيق الباقي	(٥ ÷ ١٢)	= (٣٦ ÷ ١٢ × ٥)	= ١٥

فإذا خرجت الزوجة على مبلغ يدفعه الباقون بنسبة اسهمهم (٤،٥) يكون نصيب كل من الصنفين من حصة الزوجة بهذه النسبة أيضاً:

فللإخوة من الأم (١٢ + ٤ = ١٦) لكل واحد منهما (٨) أسهم

وللأخ الشقيق (١٥ + ٥ =٢٠)

الحالة الثانية: وهي التي يدفع فيها سائر الورثة بدل التخارج بالتساوي، فحينئذ تُقسم حصة من خرج من التركة بينهم بالتساوي أيضاً، بعد أخذ كل منهم نسبة من التركة بنسبة أسهمه فيها، على أساس أنه لم يحصل تخارج من أحد، فإذا فرضنا الورثة والتركة كما هو في الحالة الأولى، كان نصيب الإخوة من الأم (١٢+٤,٥=١٦,٥)، لكل واحد منهما (٨,٢٥)، ونصيب الأخ الشقيق (١٥+٤,٥=١٩,٥).

الحالة الثالثة والأخيرة: هي التي لا يدفع فيها الباقون من الورثة بدل التخارج، لا بالنسبة الى فروضهم كما في الحالة الأولى، ولا بالتساوي كما في الحالة الثانية، فحينئذ يجب تقسيم نصيب المتخارج بينهم بنسبة ما دفعه كل واحد منهم، فمن دفع ثلث البدل أخذ ثلث حصة المتخارج ومن دفع ربعه أخذ ربعها وهكذا.

التكييف الشرعي (أو القانوني) للتخارج:

كيّف بعض الفقهاء عقد التخارج بأنه عقد صلح، لذا عرّفوه بانه تصالح الورثة على اخراج بعضهم من الميراث بشيء معلوم.[1] وهذا التكييف على اطلاقه غير صحيح، لأنه ليس التخارج صلحا في جميع صوره، وإنما يُكيف بعقد البيع كما في الصورة الأولى وبعقد

[1] في تكملة فتح القدير ٤٩٣/٨: (التخارج تفاعل من الخروج ومعناه ان يتصالح الورثةعلى اخراج بعضهم من الميراث بشيء معلوم)..

القسمة في الصورة الثانية وبعقد الصلح في الصورة الثالثة إذا كان التخارج مسبوقا بالنزاع، وإلا فيُكيف بعقد البيع لأن عقد الصلح عبارة عن عقد وضع المنازعة،[1] فما لم يكن التخارج مسبوقا بالنزاع بين الورثة لا يجوز أن يسمى صلحاً.

ثمرة الإختلاف في تكييف التخارج:

تظهر هذه الثمرة في النقاط الآتية:

١- إذا كيّف بالبيع يكون شأن الوارث المشتري أو الورثة المشترين شأن المشتري الأجنبي، فيكون لهم ما للأجنبي من الحقوق وعليهم ما عليه من الالتزامات، فإن كان المشتري الوارث واحدا ودفع الثمن من ماله الخاص، استحق حصة الوارث البائع وحل محله في التركة. وإن كان المشتري كل الورثة أو ورثة متعددين ودفعوا الثمن من مالهم الخاص، ولم ينص في عقد التخارج على طريقة قسمة الخارج بينهم، قُسمت هذه الحصة عليهم بالسوية.

٢- إذا كُيّف التخارج بأنه عقد قسمة، فإنه لا ينشئ شيئا من الحقوق والإلتزامات، وإنما يكشف عنها، لأن هذا الحق أو ذاك الالتزام كان موجودا قبل التخارج عن طريق الميراث، فإذا خرج أحد الورثة من التركة على جزء منها كالسيارة أو الدار أو قطعة أرض مثلا، فإن المتخارج يُعد مالكا لها منذ البداية عن طريق الميراث، ولكن القسمة كشفت هذه الملكية.

وكذلك إذا كُيّف بالصلح يكون التخارج كاشفا للحق أو الاتزام وليس مُنشئاً لهما حين يملك المتخارج هذا المال مُفرزاً اعتبارا من البداية عن طريق الميراث. ويُبنى على اعتبار التخارج كاشفاً لحق المتخارج لا مُنشئاً له، أنه لا يحتاج الى تسجيله في الدائرة المختصة إذا كان محله عقاراً، لكن بعد الإفراز يكون التسجيل ضروريا بالنسبة الى الغير إذا كان المحل عقاراً.

٣- إذا كُيّف التخارج بأنه عقد صلح، فإنه يترتب عليه الأثران الآتيان:

أ- الضمان: ففي عقد الصلح لا يضمن الوارث الخارج صفته كوارث، إذ هو يدعى أنه من الورثة وينازعونه في ذلك، ثم يتصالحون على التخارج. فالتخارج صلح

---

[1] ينظر نفس المرجع السابق ٤٠٣/٨ ، كتاب الصلح.

لحسم النزاع، فلا يجوز تجدد النزاع بعد ذلك، إذا ظهـر بعـد الصـلح ان المتخـارج ليس وارثا في الباطن. بخلاف ما إذا كُيف بأنه عقد قسمة أو عقد بيع. فالمتخـارج يضمن في هاتين الحالتين صفته كوارث، فإذا انكشف بانه ليس بوارث حقيقي بطل التخارج سواء كُيّف بعقد البيع أو بعقد القسمة.

ب- الغُبن: ففي الصلح لا يرجع الوارث الخارج بدعوى الغبن على الورثة، بـدعوى ان المقابل الذي اخذه من التركـة قليـل، لأن المفـروض أن التخـارج كـان صـلحاً ولا يستحق الوارث الخارج عن طريق الصلح إلا هذا المقابل الذي رضي به حين الصلح، سواء قل أو كثر، هذا بخلاف ما إذا كُيّف بعقد القسمة حيث يحق لمن يشعر بالغبن ويستطيع أن يثبت ان الغَبن فاحش، أي يزيد علـى الخمـس، أن يـنقض القسـمة، ولبقية الورثة منع نقض القسمة عن طريق اكمال الحصة الناقصة، غير أنه تجب في دعوى النقض رعاية الأمرين الآتيين:

أحدهما: ان العبرة بتقدير قيمة التركة وقت القسـمة، لمعرفـة ان الغـبن فـاحش أو ليس بفاحش.

والثاني: يجب رفع دعوى نقض القسمة قبل مضي سنة على التخـارج وهـذا مـا أفتت به التشريعات المدنية العربية.[1]

---

[1] كما جاء في المادة (٨٤٥) من القـانون المـدني المصـري الجديـد. لمزيـد مـن التفصـيل ينظر الوسـيط للسنهوري ٢٦١/٤.

-١١٤-

قاعدة

(للواهب التراجع عن الهبة إذا كانت لغرض لم يتحقق)

ومن تطبيقات هذه القاعدة:

أن الزوجة إذا وهبت مهرها لزوجها لغرض تقوية العلاقة الزوجية بين الزوجين مثلا، ثم طلقها الزوج، فللزوجة أن تتراجع عن الهبة وتطالب بمهرها الكامل الذي كان في ذمة الزوج قبل الهبة.

-١١٥-

قاعدة

(ليس لعرق ظالم حق)[١]

هذه القاعدة جزء من الحديث النبوي، ونصه ((مَنْ أَحْيَى أَرْضًا مَيِّتَةً فَهِيَ لَهُ وَلَيْسَ لِعِرْقِ ظَالِمٍ حَقٌّ))[٢].

وهذا الحديث أساس للحكم بان العدوان لا يُكسب المعتدي حقاً، فمن غصب أرضاً فزرع فيها أو غرس أو بنى، لا يستحق تملكها بالقيمة او البقاء بأجر المثل، ويُقاس على الأرض غيرها من المغصوبات.[٣]

ومن القواعد المتفرعة عن هذه القاعدة (من عطّل ارضاً ثلاث سنين لم يُعمرها، فجاء غيره فعمّرها، فهي له).[٤]

---

[١] هذه القاعدة كجزء من الحديث، أخرجها البخاري كما في شرحه فتح الباري، ٥/١٥، كتاب المزارعة، باب من أحيا أرضاً مواتاً.

[٢] سنن أبي داود ٢/١٩٤، كتاب الخراج والفيء والإمارة، باب في إحياء الموات، رقم الحديث ٣٠٧٣.
وسنن الترمذي ٣/٤٢٨، كتاب الأحكام، باب ما ذُكر في إحياء أرض الموات، رقم الحديث ١٣٧٨.

[٣] المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى الزرقا، ٢/١٠٨٨، فقرة ٧١٣.

[٤] الخراج، ليحيى بن آدم، ص٩١، فقرة ٢٨٨.

(حرف الميم)

-١١٦-

قاعدة
(ما أبطل ذكره أبطل إضماره)

أي كل ما كان ذكره في العقد أو التصرف مبطلاً لهذا العقد أو التصرف، يكون إضماره في النية وفي القلب مبطلاً أيضاً، لأن الإسلام كما يُحاسب الإنسان على ظاهره، يُحاسبه على باطنه أيضاً، خلافاً للقانون.

ومصدر هذه القاعدة:

أ- القرآن العظيم في آيات متعددة، منها:

قوله تعالى: ﴿...وَإِن تُبْدُواْ مَا فِي أَنفُسِكُمْ أَوْ تُخْفُوهُ يُحَاسِبْكُم بِهِ اللّهُ ...﴾[1]. والقول بأن هذه الآية منسوخة بآية ﴿لا يُكلف الله نفساً إلا وسعها﴾ خطأ فاحش، لأن مكنونات قلب الإنسان قسمان، قسم غير خاضع لإرادته كضربات القلب والتنفس ونحوهما، فإن الإنسان لا يُحاسب ولا يُسأل عن ذلك مطلقاً. والقسم الثاني خاضع لإرادته كالأنانية والحسد والحقد وكتم الشهادة والباعث الدافع غير المشروع ونحو ذلك، فإن الإنسان يُحاسب على كل ذلك حين اضماره، كما يُحاسب عليه حين ذكره في صيغة العقد أو التصرف.

والقول بأن الآية منسوخة خلط بين التخصيص وبين النسخ، فآية ﴿لا يكلف الله نفسا إلا وسعها﴾ خصصت عموم آية ﴿...وَإِن تُبْدُواْ مَا فِي أَنفُسِكُمْ أَوْ تُخْفُوهُ يُحَاسِبْكُم بِهِ اللّهُ ...﴾، فأخرجت المكنونات غير الخاضعة لإرادة الإنسان وبقيت المكنونات الإرادية الخاضعة لإرادته، فهو يُسأل عنها.

ب- الأحاديث النبوية منها قول الرسول(ﷺ): ((إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى فَمَنْ كَانَتْ هِجْرَتُهُ إِلَى دُنْيَا يُصِيبُهَا أَوْ إِلَى امْرَأَةٍ يَنْكِحُهَا فَهِجْرَتُهُ إِلَى

---

[1] البقرة : ٢٨٤

مَا هَاجَرَ إِلَيْهِ)) [1]

ومن تطبيقات هذه القاعدة:

التحليل، وهو عبارة عن حيلة تزويج زوجةٍ مطلقةٍ للمرة الثالثة من شخص مجهول لمدة محددة، غالباً تكون ليلة واحدة، بشرط أن يطلقها بعد معاشرتها جنسياً. وهذه الحيلة غير مشروعة وباطلة للأسباب الأربعة الآتية:

أ- زواج مؤقت، وقد أجمع فقهاء أهل السنة على أن كل زواج مؤقت باطل.

ب- زواج بشرط، أي بشرط أن يطلقها بعد أن يدخل بها. وقد أجمع الفقهاء على أن كل زواج مشروط بشرط مخالف لمقتضى العقد، باطل، ومن الواضح أن من شروط هذا الزواج أن يُطلق المحلل الزوجة بعد معاشرتها وهو مخالف لمقتضى عقد الزواج.

ج- زواج بدون الرضا، لأن الزوجة مضطرة على الإقدام على هذا الزواج، فإذا سُئلت هل هي تقبل أن يكون هذا الشخص المجهول زوجاً دائمياً لها، فتقول كلا، فهي مضطرة على قبول هذا الزواج للرجوع إلى الزوج الأول.

د- تخالف حكمة قوله تعالى: ﴿فإن طلقها-أي للمرة الثالثة- فلا تحل له من بعده حتى تنكح زوجاً غيره﴾. وفلسفة هذا الإجراء الموجود في القرآن الكريم هي أخذ العبرة، فالزوجة المطلقة للمرة الثالثة بعد انتهاء عدتها، لها أن تتزوج من زوج جديد، فهي بعد الزواج والمعاشرة مع الزوج الجديد مدة، تُقارن بين هذا الزوج والزوج السابق، فإذا كانت هي المخطئة والمسببة للطلاق، تندم وتأخذ العبرة، فإذا مات هذا الزوج أو طلقها، لها أن ترجع إلى الزوج الأول إن شاءت، لأنها أخذت العبرة من المقارنة بين الزوج الجديد والزوج السابق. ومن البدهي ان هذه الحكمة لا تتحقق خلال يوم وليلة من مدة الزواج.

وكذلك الزوج إذا تزوج إمرأة أخرى، يُقارن بين سلوك الزوجة الجديدة والزوجة المطلقة، فإذا وجد أن الزوجة المطلقة كانت أحسن من الزوجة الجديدة في التعامل معها، يأخذ العبرة، فإذا رجعت إليه الزوجة المطلقة، فلا يتكرر الخلاف والشقاق بينهما، لأنه أخذ العبرة من المقارنة بين الزوجة الجديدة والزوجة السابقة.

---

[1] رواه البخاري ومسلم وابوداود والترمذي وابن ماجة ونسائي عن عمر بن الخطاب. هذا الحديث متفق عليه، أخرجه الأئمة المذكورة إلاّ الموطأ.

وذهب الشافعية[١] وأبو يوسف من الحنفية[٢] والجعفرية[٣] والظاهرية[٤] الى التفصيل فقالوا: اذا ذُكر الشرط مع العقد يكون فاسداً، ولا تحل الزوجة للأول بعد الفرقة لأنه شرط فاسد ومفسد. أما اذا لم يُذكر فالعقد صحيح يُحقق غرض التحليل وان طلقها بعد المعاشرة، حيث لا تأثير للنيات على صحة وفساد التصرفات.

الترجيح:

الراجح من وجهة نظري هو رأي من قال بفساد عقد التحليل مطلقاً للأسباب الآتية:

١ـ التحليل عادة جاهلية شجبها الاسلام على لسان النبي (ﷺ) ﴿لَعَنَ اللَّهُ الْمُحَلِّلَ وَالْمُحَلَّلَ لَهُ﴾[٥].

٢ـ التحليل مخالف لظاهر القرآن العظيم من وجوه منها:

أ ـ فيه عزم على الزواج قبل انتهاء العدة بالتواطئ، وقد قال تعالى: ﴿وَلا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَه﴾.[٦]

ب ـ عقد وقتي يكاد يكون الطلاق فيه أمراً حتميا، في حين أن ما ورد في القرآن العظيم عقد دائمي وطلاق محتمل، حيث قال تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّه﴾[٧].

ولو صحَّ التحليل لقال القرآن (واذا طلقها) لأن كلمة (ان) تُستعمل في أمر

---

[١] يقول الإمام الشافعي (رحمه الله) في كتابه الام ٥/٨٠: "ولو نكحها ونيته ونيتها أو نية أحدهما دون الآخر أن لا يُمسكها إلاّ قدر ما يصيبها، فيحللها لزوجها، ثبت النكاح".

[٢] يُنظر شرح فتح القدير، والجوهرة، والهداية.

[٣] يُنظر شرائع الإسلام ٢/٣٣. وفيه "أما لو لم يصرح بالشرط في العقد، وكان ذلك في نيته أو نية الزوجة أو الولي، لم يُفسد".

[٤] يُنظر مجمع فقه ابن حزم الظاهري ٢/٧٢٥، المحلى لابن حزم ١٠/١٨٠. وفيه "فلو رغب المطلق ثلاثاً إلى من يتزوجها ليحلها له، فذلك جائز إذا تزوجها بغير شرط. لذلك في نفس عقدة لنكاحه إياها، فلو شرط في عقد نكاحها أنه يطلقها إذا وطئها، فهو عقد فاسد".

[٥] عَنْ عَلِيٍّ (ﷺ) قَالَ إِسْمَاعِيلُ وَأُرَاهُ قَدْ رَفَعَهُ إِلَى النَّبِيِّ (ﷺ) أَنَّ النَّبِيَّ(ﷺ) قَالَ: ((لَعَنَ اللَّهُ الْمُحَلِّلَ وَالْمُحَلَّلَ لَهُ)) {أبو داود: ١٧٧٨}.

[٦] البقرة:٢٣٥.

[٧] البقرة:٢٣٠.

مشكوك فيه، ولفظة (اذا) تستعمل في الأمر المحقق.

ج - تشريع الزواج كان لمصلحة معلومة وغاية سامية فاستعماله في التحليل استعمال في غير حقيقته الشرعية وتلاعب بآيات الله، وقد قال سبحانه وتعالى: ﴿وَلا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُواً﴾[1].

٣ـ التحليل مخالف لسنة رسول الله ﷺ:

أ - ففي الترمذي والمسند من حديث ابن مسعود ﷺ قال: ((لَعَنَ رَسُولُ اللّهِ ﷺ الْمُحَلِّلَ وَالْمُحَلَّلَ لَهُ))[2]. قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح.

وفي المسند من حديث ابي هريرة ﷺ مرفوعا ﴿ لَعَنَ اللَّهُ الْمُحَلِّلَ وَالْمُحَلَّلَ لَهُ﴾، وقال اسناده حسن. وفيه عن علي وعن النبي ﷺ مثله[3].

ب - وفي سنن ابن ماجه من حديث عقبة بن عامر ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ ((أَلَا أُخْبِرُكُمْ بِالتَّيْسِ الْمُسْتَعَارِ)) قَالُوا: بَلَى يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَالَ: ((هُوَ الْمُحَلِّلُ لَعَنَ اللَّهُ الْمُحَلِّلَ وَالْمُحَلَّلَ لَهُ))[4].

قال ابن قيم: "فهؤلاء الرواة من سادات الصحابة، وقد شهدوا بلعنة أصحاب التحليل وهم المحلِل والمحلَل له، وهذا ما أخبر عن الله فهو خبر صادق".[5]

ج - عن ابن عباس: سُئل رسول الله ﷺ عن المحلِل، فقال: ((لا، إلا نكاح رغبة لا نكاح دلسةٍ ولا استهزاءٍ بكتاب الله، ثم تذوق العُسيلة))[6].

٤ـ مخالف لآثار الصحابة:

أ - قال عمر بن الخطاب ﷺ: (لا أوتي بمحلِل ولا محلَل له الا رجمتهما).

ب - وقال علي بن أبي طالب ﷺ: (لا ترجع اليه الا بنكاح رغبة غير دلسة ولا استهزاء بكتاب الله)[7].

---

(١) البقرة:٢٣١. ينظر فتاوى ابن تيمية ٦/٣٣. اعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ٣/٤٣.

٢ الترمذي : ١٠٣٩

(٣) زاد المعاد لابن قيم الجوزية المرجع السابق ٤/٥ـ٦.

(٤) ابن ماجه: ١٩٢٦.

(٥) اغاثة اللهفان لابن قيم الجوزية ١/٢٨٥.

(٦) اغاثة اللهفان ١/٢٨٧.

(٧) المرجع السابق ١/٢٨٩.

٥ـ مخالف لاراء التابعين:

قال عبدالرزاق: أخبرنا ابن جريج، قال: قلت لعطاء: فطلق المحلّل فراجعها زوجها. قال: يُفرَّق بينهما. وقال بكر بن عبدالله المَزَني: (أولئك يُسمَّون في الجاهلية التيس المستعار)[١].

٦ـ مخالف لآراء تابعي التابعين:

قال اسحاق: "لا يحل أن يمسكها لأن المحلِل لم تتم له عقدة النكاح".[٢] وقال الامام مالك: (يُفرَّق بينهما).

٧ـ قول الشافعية والجعفرية والظاهرية مخالف للقرآن في قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ تُبْدُوا مَا فِي أَنفُسِكُمْ أَوْ تُخْفُوهُ يُحَاسِبْكُمْ بِهِ اللَّهُ﴾[٣] ومخالف لقول الرسولﷺ: ((إِنَّمَا الأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى)) [٤].

قال ابن قيم: "ولا فرق عند أهل المدينة، وأهل الحديث، وفقهائهم، بين اشتراط ذلك بالقول، أو بالتواطئ والقصد، فإن القصود مُعتبرة والأعمال بالنيات، والألفاظ لا تُراد لعينها، بل للدلالة على المعاني، فتترتب عليها أحكامها".[٥]

فاذا ظهرت المعاني والمقاصد، فلا عبرة بالألفاظ والمباني، لأنها وسائل وقد تحققت غاياتها.

---

[١] اعلام الموقعين ٣/٤٥.

[٢] اغاثة اللهفان ١/٢٩٢.

[٣] البقرة ٢٨٤.

[٤] رواه البخاري ومسلم وابوداود والترمذي وابن ماجة ونسائي عن عمر بن الخطاب. هذا الحديث متفق عليه، أخرجه الأئمة المذكورة إلاّ الموطأ.

[٥] ينظر زاد المعاد المرجع السابق ٤/٦.

-١١٧-

قاعدة
(ما ثبت بالشرع مقدم على ما ثبت بالشرط)

ولهذا لا يصح نذر الواجب كالجمعة والصلوات الخمس، ولو قال طلقتك مقابل ألف دينار، على أن لي عليك الرجعة، سقط قوله بألف، ويقع الرجعية، لأن المال ثبت بالشرط والرجعة ثبتت بالشرع، فكانت أقوى.

-١١٨-

قاعدة
(مَا ثَبَتَ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ فَغَيْرُهُ لا يُقَاسُ عَلَيْهِ)(١)

أي إن ما ورد جوازه بالنص على خلاف القياس (أي على خلاف الأصل والقواعد العامة) فانه يبقى مقصورا على مورده ولا يجوز أن يطبق حكمه على شيء آخر يشبهه ما لم يرد نص بتجويز ذلك الحكم فيه.

الأحكام المترتبة على هذه القاعدة:

وتترتب على هذه القاعدة أحكام فرعية فقهية كثيرة منها:

أ- لا يجوز بيع ثمار الأشجار قبل ظهورها قياسا على الاستصناع، لان الاستصناع ثبت على خلاف القياس بنص خاص به فلا يقاس عليه غيره.

ب- الشفعة ثبتت على خلاف القياس لأنها تتضمن استملاك شخص ملك غيره جبراً، وهو خلاف الأصل في الشرع ومبدأ التراضي الثابت بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ...(٢)﴾ .

ومادام الأمر كذلك لا يقاس على الشفعة صورة أخرى من صور التملك بدون التراضي كما لا يجوز الاعتياض عن الشفعة لأنها حق مجرد والحقوق المجردة لا يقاس عليها(٣).

---

١ مجلة الأحكام العدلية، م١٥

(٢) سورة النساء /٢٩

(٣) منير القاضي ، شرح المجلة ٧٤/١ ، مطبعة العاني ،١٩٤٩.

-١١٩-

قاعدة

(مَا حَرُمَ أَخْذُهُ حَرُمَ إِعْطَاؤُهُ)[1]

أي إذا كان أخذ شيء حراماً وبالتالي كان ممنوعاً على الناس، فإعطاؤه للغير ممنوع أيضاً، سواء كان تبرعاً أو معاوضةً.

فالحرمة تشمل الآخذ والمعطي، فهو ممنوع ومحرم عليهما، لذا تترتب المسؤولية الجزائية على المعطي كما تترتب على الآخذ. وقد تترتب المسؤولية المدنية التقصيرية أيضاً على كل منهما.

ومن تطبيقات هذه القاعدة من يُعطي الرشوة لأحد الموظفين حتى يقوم بتمشية معاملته، فكلٌ من الراشي والمرتشي مسؤول جزائياً فيستحق كلٌ منهما العقاب، وإذا ترتب على عملية الرشوة ضرر يلحق بالغير، فتترتب عليه المسؤولية المدنية التقصيرية، فيجب الضمان.

الإستثناءات من القاعدة:

من الإستثناءات على هذه القاعدة حالات الضرورة كالرشوة التي تُعطى للمسؤول تحت ضغط الإضطرار لتمشية المعاملة المطلوبة، فهي جائزة للمعطي ومحرمة للآخذ. كذلك اعطاء المقترض الفائدة الربوية للمقرِض تحت ضغط الحاجة الماسة إلى مبلغ القرض، فهي جائزة بالنسبة للمقترض ومحرمة على المقرض.

---

١ مجلة الأحكام العدلية، م٣٤

-١٢٠-

قاعدة

(مَا حَرُمَ فِعْلُهُ حَرُمَ طَلَبُهُ)[١]

أي إن الفعل إذا كان حراماً ممنوعاً، فإنه يحرم على كل شخص أن يطلب من غيره إجراء ذلك الفعل المحرم، فإذا حرّضه على ذلك تترتب المسؤولية الجزائية على المحرّض ومن حُرّض على الفعل الممنوع إذا قام بالعمل.

ومن تطبيقات هذه القاعدة إذا طلب الحاكم أو أحد الموظفين من المراجع رشوة، فعلى كل منهما المسؤولية الجزائية ويستحق العقاب المقرر لهذا العمل غير المشروع.

---

١ مجلة الأحكام العدلية، م٣٥

-١٢١-

قاعدة

(ما كان أكثر فعلا كان أكثر فضلا)

ذلك لأن الأجر على قدر المشقة، ويُستثنى من هذه القاعدة ما يلي:

١- القصر أفضل من الإتمام إذا كان السفر ثلاث مراحل فأكثر.

٢- قراءة سورة قصيرة في الصلاة أفضل من بعض السورة وإن طال البعض لأنه المعهود من فعله ﷺ.

٣- تخفيف ركعتي الفجر أفضل من تطويلهما.

٤- التصدق بالأضحية بعد أكل لُقم منها يُتبرك بها، أفضل من التصدق بجميعها.

٥- تحية المسجد ركعتان أفضل من اكثر من ركعتين بتسليم واحد.

٦- الاستعاذة بلفظ (أعوذ بالله من الشيطان الرجيم) افضل من زيادة كـ(أعوذ بالله السميع العليم من الشيطان الرجيم). [1]

---

[1] القواعد الفقهية للشيخ عبدالله بن سعيد.

-١٢٢-

قاعدة

(ما لا يقبل التبعيض، فاختيار بعضه كاختيار كله، وإسقاط بعضه كإسقاط كله)[1]

ومن تطبيقاتها:

١- إذا قال لزوجته: أنتِ طالق نصف طلقة، تقع طلقة واحدة.

٢- إذا عفا مستحق القصاص عن بعضه، سقط كله.

٣- إذا عفا الشفيع عن بعض حقه، فالأصح سقوط كله.

٤- من اشترى مالين بعقد واحد، فوجد بأحدهما عيبا، لم يَجُز إفراده بالرد.

[1] القواعد الفقهية للشيخ عبدالله، المرجع السابق، ص٨٣

-١٢٣-

قاعدة

(الْمُبَاشِرُ ضَامِنٌ وَإِنْ لَمْ يَتَعَمَّدْ)[١]

ولحق كل ذي حق عينياً كان أو شخصياً، حدود، فالتجاوز عنها يستلزم الاستيلاء على حق الغير، وهو محرم شرعاً وقانوناً.

قال تعالى: ﴿...تِلْكَ حُدُودُ اللّهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللّهِ فَأُوْلَـئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾[٢].

وسمّى القرآن هذا التجاوز أكلاً لمال الغير بدون مبرر، وليس المراد بالأكل في هذا المقام معناه اللغوي، وإنما يُقصد معناه العرفي العام، وهو أحد أنواع العموم الثلاثة.[٣]

وجدير بالذكر أن العموم عند أكثر علماء أصول الفقه، من صفات الألفاظ، وهو خطأ شائع، فالعام في الواقع ثلاثة أنواع، لغوي وعقلي وعرفي.

أ- العام اللغوي لفظ وضع لمعنى (قدر) مشترك ما بين ما يندرج تحته من الأنواع إن كان جنساً، والأصناف إن كان نوعاً، والأفراد إن كان صنفاً، والأجزاء إن كان كلاً. ومن الصيغ الدالة على العموم على أساس الوضع اللغوي: (كلّ، وجميع، وكافةً، وعامةً، وقاطبةً، ومعشر، ومعاشر، والرجال، والنساء، والأموال، والأزمنة، والأمكنة) وغير ذلك من الألفاظ التي حين وضعها أهل اللغة العربية، راعوا فيها الدلالة على العموم والشمول لكل ما يندرج تحتها، ومنها أسماء الموصولات ونحو ذلك.

ب- العام العرفي، هو لفظ نقله أهل العرف الشرعي أو القانوني أو غيرهما من معناه اللغوي واستعمله في معنىً أعم منه وتكرر استعماله فيه، حتى أصبح حقيقة عرفية،

---

[١] مجلة الأحكام العدلية، م٩٢.

[٢] البقرة : ٢٢٩

[٣] العموم اللغوي والعقلي والعرفي.

ومن الصيغ الدالة على العموم بحسب العرف دون اللغة لفظ (أكل) في القرآن الكريم، كما في الآيات الآتية:

١- قوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْماً إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَاراً وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيراً﴾[1]. وقوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَكْتُمُونَ مَا أَنزَلَ اللّهُ مِنَ الْكِتَابِ وَيَشْتَرُونَ بِهِ ثَمَناً قَلِيلاً أُولَـئِكَ مَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ إِلاَّ النَّارَ وَلاَ يُكَلِّمُهُمُ اللّهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلاَ يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾[2].

٢- قوله تعالى: ﴿وَلاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ...﴾[3].

٣- قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ...﴾[4].

٤- قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ...﴾[5].

٥- قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُواْ الرِّبَا أَضْعَافاً مُّضَاعَفَةً ...﴾.[6]

٦- قوله تعالى: ﴿... وَلاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَهُمْ إِلَى أَمْوَالِكُمْ إِنَّهُ كَانَ حُوباً كَبِيراً﴾.[7]

٧- قوله تعالى: ﴿... فَادْفَعُواْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلاَ تَأْكُلُوهَا إِسْرَافاً وَبِدَاراً أَن يَكْبَرُواْ وَمَن كَانَ غَنِيّاً فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيراً فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ ...﴾[8].

٨- قوله تعالى: ﴿... وَأَكْلِهِمْ أَمْوَالَ النَّاسِ بِالْبَاطِلِ ...﴾.[9]

٩- قوله تعالى: ﴿وَتَرَى كَثِيراً مِّنْهُمْ يُسَارِعُونَ فِي الإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَأَكْلِهِمُ السُّحْتَ ...﴾[10].

---

[1] النساء : ١٠
[2] البقرة : ١٧٤
[3] البقرة : ١٨٨
[4] النساء : ٢٩
[5] المائدة : ١
[6] آل عمران : ١٣٠
[7] النساء : ٢
[8] النساء : ٦
[9] النساء : ١٦١
[10] المائدة : ٦٢

ج- العام العقلي، هو دوران الحكم مع علته وجوداً وعدماً، ويُسمى عموم العلة ويرجع إلى القياس، وهو إرجاع الجزئيات إلى الكليات المعقولة المعاني. أي النصوص الكلية التي يُدرك العقل عللها وأغراضها وغاياتها، كما في قوله تعالى: ﴿... وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلاَ يُنفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللّهِ فَبَشِّرْهُم بِعَذَابٍ أَلِيمٍ﴾[١]. فالمراد بالذهب والفضة كل عملة ورقية أو معدنية متداولة في العالم، حلت محل الذهب والفضة في التعامل، فيجب فيها كل ما يجب فيهما، كالزكاة والضريبة، ووفاء الديون المتعلقة بالذمة، ويحرم فيها ما يحرم فيهما، كالربا والغصب والسرقة ونحوها.
وكما في قوله تعالى: ﴿... فَلاَ تَقُل لَّهُمَا أُفٍّ وَلاَ تَنْهَرْهُمَا وَقُل لَّهُمَا قَوْلاً كَرِيماً﴾[٢].
ولفظ (أفّ) ينبئ لغة عن التضجر والاستثقال أو صوت ينبئ عن ذلك، ولكن الله لم يرد هذا المعنى اللغوي، وإنما أراد ما هو أعم منه عقلا، وهو كل تصرف قولي أو فعلي يصدر عن الولد يؤذي قلب والديه ويُعتبر تجاوزاً منه حدود الاحترام والتكريم لهما.

وجدير بالذكر أن كل ما يجري فيه القياس فهو من باب العموم العقلي. والصيغ الدالة على العموم عقلا هي التي تنبئ عن علل أحكامها، فتدل دلالة عقلية على العموم على أن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً، وهذا العموم يكون عادة في المجالات التي يجري فيها القياس، وهو في نظرنا (إرجاع الجزئيات إلى الكليات المعقولة المعاني)، أي التي يُدرك العقل عللها وأغراضها.[٣]

---

[١] التوبة : ٣٤
[٢] الإسراء : ٢٣
[٣] لمزيد من التفصيل، يُنظر مؤلفنا (أصول الفقه الإسلامي في نسيجيه الجديد) ٤٠٦/٢ وما يليها.

-١٢٤-

قاعدة

(المُتَسَبِّبُ لا يَضْمَنُ إلاَّ بِالتَّعَمُّدِ)[1]

الصواب:

(المتسبب لا يضمن إلا بالتعدي)

هذه القاعدة غير صحيحة لأنها تشترط لإتلاف مال الغير بالتسبب شرط التعمد، أي قصد إلحاق الضرر بالغير، بل الصواب أن المتسبب ضامن سواء تعمد أي قصد إلحاق الضرر بالغير، أو تعدى أي قام بعمل غير مشروع، سواء أكان له قصد الإضرار بالغير أم لا، لأن مناط الضمان هو التعدي، سواء تعمد أم لا.

لذا يجب تعديل القاعدة بالآتي: (المتسبب لا يضمن إلا بالتعدي)، لأن التعدي هو القيام بعمل غير مشروع، وهو ركن أساس في المسؤولية التقصيرية، سواء تعمد (أي قصد الإضرار بالغير) أو لم يتعمد.

ومن الواضح أن أركان المسؤولية التقصيرية ثلاثة:

(العمل غير المشروع+ الضرر+ العلاقة السببية).

فالعمل غير المشروع الضار موجب للضمان والإلتزام بالتعويض، سواء كان بطريق التسبب أو المباشرة، وسواء كان الفاعل متعمدا (قاصدا الإضرار بالغير) أو غير متعمد.

---

[1] مجلة الأحكام العدلية، المادة (٩٣).

-١٢٥-

قاعدة
(المحروم من الميراث لا تأثير له على غيره من الورثة بخلاف المحجوب)[١]

المحروم من الميراث هو الذي تخلف فيه ركن أو شرط من أركان وشروط الميراث، كإتحاد الدين وعدم كون الوارث قاتلا لمورثه.

من حُرم من الميراث بقتل أو ردة أو نحوهما، لا تأثير لوجوده على ميراث شخص آخر.

فمن مات عن ابن قاتل لمورثه، أو مرتد عن دينه، وعن أم، فإن وجود هذا الإبن لا تأثير له على ميراث أمه بحجبها من أوفر حظيها وهو الثلث، بل ترث نصيبها كاملاً رغم وجود الإبن، لأنه بمثابة المعدوم، لحرمانه من الميراث، بخلاف المحجوب، وهو الذي يُمنع من الميراث بوارث أقوى منه، فإنه رغم كونه محجوباً، قد يكون له تأثير على الورثة الآخرين.

وعلى سبيل المثل من توفي عن أب وأم وعدد من الإخوة والأخوات، فإنهم (الإخوة الأخوات) محجوبون بالأب ورغم ذلك يمنعون الأم من الأخذ بأوفر حظيها وهو الثلث. فهي تأخذ السدس لوجود عدد من الإخوة والأخوات، رغم كونهم محجوبين بالأب.

---

[١] مؤلفنا أحكام الميراث والوصية وحق الإنتقال.

-١٢٦-

قاعدة

(المشغول لا يُشغل)

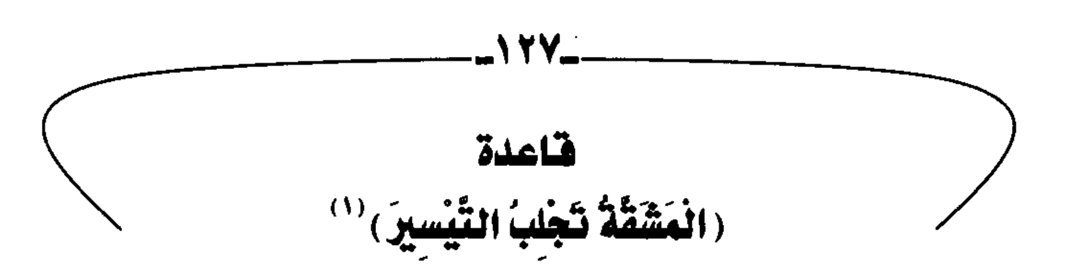
ومن تطبيقات هذه القاعدة: لو رهن المدين الراهن رهنا بدين، ثم رهنه بآخر، لم يجز، إذا لم يكن مرهونا كما في ضمان المدينين.

ومن تطبيقات هذه القاعدة: المطلقة لا تُطلق، ولو كان الطلاق الأول رجعيا ما لم يراجعها قبل الطلاق الثاني، والمعتدة لا تعتد، لأنه من باب تحصيل الحاصل، وهو محال باتفاق الفقهاء والعقلاء.

وهذا هو مفهوم قوله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾[1] ، واللام للتوقيت، أي في وقت تبدأ عدتها مباشرة.

---

[1] الطلاق:١



-١٢٧-

قاعدة
(المَشَقَّةُ تَجْلِبُ التَّيْسِيرَ)[1]

هذه القاعدة من أكثر القواعد التي نصّ عليها القرآن الكريم من حيث الترخيص للإنسان ورفع الحرج عنه وعدم تكليفه بما لا يُطاق، وهذه المعاني في كتاب الله كثيرة.

وللمشقة ثلاث درجات، الأعلى والأدنى والمتوسط.

أولا: المشقة في درجتها الأعلى بحيث يكون الأداء فوق طاقة المكلف، في هذه الحالة يسقط التكليف أو يتبدل بالبديل.

ومن تطبيقات الحالة الأولى سقوط القيام في اقامة الصلاة إذا فقد الشخص قوته وسيطرته على القيام لمرض او شيخوخة، ففي هذه الحالة يُصلي بلا قيام بأي صورة يستطيع الإداء بها.

ومن صور تَبَدُّل الفدية بدلاً من الصيام في شهر رمضان المبارك لعجزه بسبب السن أو بسبب المرض، كما قال تعالى: ﴿..وَعَلَى الَّذِينَ يُطِيقُونَهُ فِدْيَةٌ طَعَامُ مِسْكِينٍ..﴾[2].

ثانياً: المشقة في درجتها الأدنى، ففي هذه الحالة لا يسقط التكليف، لأن المشقة لا تنفكك عنها العبادة كمشقة البرد في الوضوء والغسل، ومشقة الصوم في شدة الحرّ وطول النهار، ومشقة السفر التي لا انفكاك للحج عنها.

ثالثاً: الدرجة المتوسطة بين هاتين الدرجتين، ففي هذه الصورة يأتي دور الرخصة في تخفيف المشقة إلى درجة لا تُعرض الإنسان لحالة غير صحية، كالإفطار في الصيام في حالة السفر والمرض إلى زوال العذر ثم قضاء العبادة، وكالجمع والقصر في الصلاة حين السفر. كإبدال الوضوء والغسل بالتيمم، وإبدال القيام بالقعود والإضطجاع والإيماء.

---

[1] مجلة الأحكام العدلية م١٧.

[2] البقرة : ١٨٤

ومن مصادر هذه القاعدة في القرآن الكريم ما يلي:

١- قوله تعالى: ﴿...يُرِيدُ اللّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلاَ يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ...﴾[1].

٢- قوله تعالى: ﴿...وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ...﴾[2].

٣- قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللّهُ أَن يُخَفِّفَ عَنكُمْ ...﴾[3].

٤- قوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَى الَّذِينَ آمَنُواْ وَعَمِلُواْ الصَّالِحَاتِ جُنَاحٌ فِيمَا طَعِمُواْ إِذَا مَا اتَّقَواْ وَّآمَنُواْ ...﴾[4].

---

[1] البقرة : ١٨٥

[2] الحج : ٧٨

[3] النساء : ٢٨

[4] المائدة : ٩٣

-١٢٨-

قاعدة

(المصلحة أساس تشريع الأحكام وتعديلها وإلغائها)

المصلحة في اللغة ما يُحقق خيراً للفرد أو المجتمع ومنه المصلحة الخاصة والعامة.[1]

وفي اصطلاح الأصوليين لها تعريفات متعددة، أكثرها تدور حول محور واحد وهو جلب منفعة (أو منفعة مستجلبة) أو دفع مضرة (أو مضرة مستدرأة)، وقد وقع بعض علماء الأصول حين تعريف المصلحة في الخلط بين الحكم وبين المصلحة التي تترتب عليه.[2]

والتعريف الذي نختاره هو أن المصلحة شرعاً عبارة عن منفعة مادية أو معنوية، دنيوية أو أخروية، يجنيها المكلف عن عمله بما هو واجب أو مندوب أو مباح، ودرء مفسدة

---

١ الصحاح في اللغة والعلوم ٧٢٩/١

٢ وعلى سبيل المثل قال الغزالي (رحمه الله) في المستصفى ص٢٥١:

"أما المصلحة فهي عبارة عن جلب منفعة أو دفع مضرة، ولسنا نعني به ذلك، فإن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم، لكنا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصد الشرع في الخلق، وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يُفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة".

وكلام الغزالي هذا يدل على أن القصاص الذي يحافظ به على الإنسان نفسه هو المصلحة وأن القطع الذي يحافظ به على الإنسان ماله المصلحة، وهكذا.. وهذا خلط واضح بين الحكم وبين المصلحة المترتبة على تنفيذه التي هي مقصود الشارع للخلق.

وقد وقع في نفس الخلط العلامة الطوفي (سليمان بن عبدالكريم بن سعيد الطوفي البغدادي) في رسالة المصلحة في التشريع الإسلامي ص٢١١ حيث قال:

(المصلحة هي السبب المؤدي إلى مقصود الشارع).

فالقصاص مصلحة في نظره لأنه سبب لحفظ الدماء وهو نفس مقصود الشارع، وعقاب الزنى مصلحة لأنه سبب لحفظ النسل، وهكذا.. في حين أن المصلحة حفظ الدماء وحفظ النسل وحفظ المال وغير ذلك مما يُسمى المصالح بالنسبة للإنسان والمقاصد بالنسبة للشارع.

مستدفعة بالامتناع عن العمل بما هو محرم أو مكروه.[1]

ومعيار التمييز بين المنافع والمفاسد (أو المضار) معيار موضوعي شرعي وليس شخصياً، فلا يختلف باختلاف الأشخاص، لأن الإنسان قد يعتبر شيئاً ما منفعةً في نظره، في حين أنه مفسدة مضرة عند الشارع، وأن المصلحة بالمعنى الشرعي ومعيار الشارع هي ليست مصدراً للأحكام الفقهية، وإنما هي وسيلة كاشفة للأحكام الشرعية في القرآن الكريم والسنة النبوية. فيجب على من يُدرك الأحكام الشرعية بواقعها الحقيقي أن يُعدّل القاعدة بالآتي:

(المصلحة المعتبرة مصدر كاشف للحكم الشرعي).

أقسام المصلحة من حيث الاعتبار:

علماء أصول الفقه كما لم يكونوا موفقين في التعبير عن هذه القاعدة الأصولية، كذلك لم يكن حظهم هو الصواب في تقسيم المصلحة، حيث قسّموها إلى ثلاثة أنواع:

النوع الأول: المصلحة المعتبرة:

وهي التي نص الشارع على اعتبارها ورعايتها، وأجمع الفقهاء على جواز بناء الأحكام عليها، وهي مصالح ضرورية أو حاجية أو تحسينية كما يأتي بيانها.

النوع الثاني: المصلحة الملغاة (أو غير المعتبرة):

وهي التي نص الشارع على عدم اعتبارها ووجوب إهمالها وأجمع الفقهاء على عدم جواز بناء الأحكام عليها، لأنها تصطدم مع العدالة الإلهية أو تخدم فئة قليلة على حساب فئة كثيرة، فهي شخصية وليست شرعية ولا من مقاصد الشارع، بل هي من قبيل المضار والمفاسد في ميزان ومعيار الشرع.

---

١ وقد استنتجنا هذا التعريف من:
مجموع كلام الشاطبي (الموافقات) ٢/٣٧ وما بعدها.
وعزالدين بن عبدالسلام (قواعد الأحكام في مصالح الأنام) ١/٥.
وابن الحاجب (مختصر المنتهى الأصولي وشرحه) ٢/٢٤٠ وما بعدها.
وشرحه للقاضي عضد الملة والدين.
وهذا التعريف المختار الذي استنتجته من المراجع المذكورة وغيرها هو المراد بالرحمة في قوله تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلاَّ رَحْمَةً لِلْعَالَمِينَ﴾الأنبياء/١٠٧.

ومن تطبيقات هذا النوع الثاني، مصلحة المرابي في الحصول على الفوائد الربوية، وقد نص الشارع صراحة على تحريمها، لأنها تخدم مصلحة فئة على حساب بؤس فئة أخرى، وقد حرم ذلك القرآن الكريم في آيات منها قوله تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنْ الرِّبَا إِنْ كُنتُمْ مُؤْمِنِينَ، فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنْ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لاَ تَظْلِمُونَ وَلاَ تُظْلَمُونَ﴾[1].

وكمصلحة المحتكر في احتكار أمواله التي يحتاج إليها المستهلكون ليبيعها بسعر أعلى من سعر السوق، وقد نص الرسولﷺ على تحريمه في قوله ((من احتكر فهو خاطئ))[2].

ومصلحة الغشاش في بيع الرديء بسعر الجيد وقد حرّمه الشرع.[3]

وكمصلحة مساواة البنت مع الابن أو الأخت الشقيقة مع الأخ الشقيق أو الأخت من الأب مع الأخ من الأب في الميراث. وقد نص القرآن الكريم على عدم اعتبار هذه المصلحة.[4]

وتعبير المصلحة الملغاة في هذا النوع خطأ، لأن تعبير الملغاة تعني إقرار الشيء أولا ثم إلغاؤه، وهذا غير وارد في المصالح غير المعتبرة.

النوع الثالث: المصلحة المرسلة (أو المطلقة، أو الاستصلاح):

وهي التي لم ينص الشارع لا على اعتبارها ولا على عدم اعتبارها، كالمصالح التي لم يرد الإشارة إليها في القرآن وإنما هي التي تحدث في المستقبل، فهي تُعتبر مرسلة لأنها لم تكن موجودة حتى يأتي النص على اعتبارها أو عدم اعتبارها.

وهذا التقسيم الثلاثي من قبل علماء أصول الفقه تقسيم خاطئ، حيث لا يوجد المصالح الغائبة في علم الله، بأن لا يعلم ما يحدث في المستقبل من مصلحة معتبرة أو غير معتبرة، فالتقسيم يجب أن يكون ثُنائياً، لأن الله وضع معياراً شرعياً لكل ما يُعتبر منفعة لذاتها أو

---

١ سورة البقرة/٢٧٨-٢٧٩

٢ صحيح مسلم ٣/ ١٢٢٧

٣ قال الرسولﷺ ((لا يَحِلُّ لأَحَدٍ يَبِيعُ شَيْئًا إِلاَّ يُبَيِّنُ مَا فِيهِ وَلا يَحِلُّ لِمَنْ يَعْلَمُ ذَلِكَ إِلاَّ بَيَّنَهُ)). أخرجه الإمام احمد في مسنده ٣/٤٩١.

٤ في قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمْ اللَّهُ فِي أَوْلاَدِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنثَيَيْنِ﴾ سورة النساء/١١ وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالاً وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنثَيَيْنِ﴾ سورة النساء/١٧٦

لغيرها، لذا هي من باب المُعتبرة، سواء كانت موجودة ومنصوصاً عليها في النصوص أو غير موجودة تحدث في المستقبل. وكذلك المصلحة غير المعتبرة هي كل ما يكون ضاراً لذاته أو لغيره، سواء أشار إليها القرآن بنص صريح أو لا، فكل ما هو مُضر لذاتها أو لغيرها في الماضي والحاضر والمستقبل يُعد من المصالح غير المعتبرة.

أقسام المصالح المعتبرة:

قسم علماء أصول الفقه المصالح المعتبرة من حيث أهميتها ودورها في حياة الإنسان إلى ثلاث درجات:

الدرجة الأولى في الأهمية: الضروريات.

والثانية: الحاجيات.

والثالثة: التحسينيات.

والثالثة متممة للثانية، والثانية متممة للأولى، والأخيرتان خادمتان للأولى.

القسم الأول/ المصالح الضرورية:

هي التي إذا تخلفت أو اختلت كلها أو بعضها في أي مجتمع، اختلّ نظام حياتهم وسادت الفوضى فيهم وتغلب الفساد.

وترجع الضروريات إلى خمسة أنواع:

النوع الأول/ حماية الدين:

والدين هو الاعتقاد الجازم الثابت المطابق للواقع بذات الله وبما يتفرع عنه من الاعتقاد بسائر المغيبات. فوجود الدين يكون واجبا عقلياً قبل أن يكون واجباً شرعياً، فعلى كل إنسان مكلف بعد دخوله سن الرشد أن يؤمن بالله تعالى عقلاً عن طريق البرهان الإنّي، أي استدلال بالأثر على وجود المؤثر وبالمخلوق على وجود الخالق. فهذا الإيمان لا يتوقف على الإيمان بسيدنا محمدﷺ وبالقرآن، لأن الإيمان بهما يتوقف على الإيمان بالله، ولو توقف الإيمان بالله عليهما للزم توقف الشيء على ما يتوقف عليه، وتوقف الشيء على ما يتوقف عليه يستلزم توقف الشيء على نفسه، وتوقف الشيء على نفسه مستحيل وباطل، وما يتوقف على الباطل باطل.

والإيمان المرادف للدين قد يُستعمل معه الأعمال الصالحة في القرآن وقد يُذكر وحده، ففي قوله تعالى: ﴿وَالْعَصْرِ إِنَّ الإِنسَانَ لَفِي خُسْرٍ، إِلاَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَتَوَاصَوْا بِالْحَقِّ وَتَوَاصَوْا بِالصَّبْرِ﴾[1]. ففي هذه السورة جمع القرآن بين الإيمان والعمل الصالح، وقد يرد في القرآن الإيمان وحده بدون العمل الصالح، كما في قوله تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[2].

ونتيجةً لذلك اختلف علماء أصول الدين في أن العمل الصالح هل هو جزء من الإيمان أو لا؟ وترتب على هذا الاختلاف اختلافهم في أن الدين(الإيمان) يزيد أو ينقص، فمن قال إن العمل الصالح جزء من الإيمان، قال يزيد وينقص، لأن من كان عمله الصالح أكثر من غيره، يكون إيمانه أقوى من إيمان الغير. ومن قال إن العمل ليس عنصراً من عناصر الدين، وإنما الدين وحده هو الاعتقاد الجازم الثابت المطابق للواقع بذات الله وما يتفرع عنه من سائر المغيبات، وهذا الاعتقاد هو اليقين، ومن البدهي أن اليقين لا يزيد ولا ينقص.

النوع الثاني/ حماية النفس وما دون النفس:

فمن حيث وجود الحياة شُرع الزواج بين الذكر والأنثى لبقاء سلالة الإنسان وتكوين النفس، قال تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾[3]. ومن حيث المحافظة على الحياة حرّم الاعتداء على النفس وما دون النفس، فقال ﴿وَلاَ تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلاَّ بِالْحَقِّ﴾[4].

وشرع حق الدفاع الشرعي، فقال تعالى: ﴿فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾[5]. وفرض القصاص فقال: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَاأُوْلِي الأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾[6]. وحرّم الانتحار فقال:

---

١ سورة العصر/١-٣

٢ سورة المائدة/١

٣ سورة الروم/٢١

٤ سورة الأنعام/١٥١

٥ سورة البقرة/١٩٤

٦ سورة البقرة/١٧٩

﴿وَلاَ تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ [1]. وفرض على السلطة التشريعية الزمنية استحداث العقوبات التعزيرية لكل من يُضر بحياة الغير وصحته.

النوع الثالث: حماية النسب والعرض:

فمن حيث الوجود أباح المعاشرة الزوجية عن طريق الزواج الصحيح وخلق منه النسل الشرعي، وأمر الأبوين ومن ينوب عنهما برعاية الطفل حتى يستغني عنهما.
ومن حيث الحفاظ والحماية حرم الاعتداء على العرض والنسب بالقول أو الفعل، فحرم القذف واللعان بالكلام وحدد للقاذف واللاعن عقوبة، فقال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلاَ تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُوْلَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ [2]. وقال تعالى في اللعان: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلاَّ أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ... الآية﴾ [3].

النوع الرابع/ حماية المال:

من حيث الوجود شرع لكسب المال أسباباً مشروعة من التبرعات والمعاوضات والوصية والميراث والصيد والطيّبات من الأموال المباحة، ومن حيث الحفاظ عليه حرّم الاعتداء على أموال الغير بالسرقة والنهب والسلب والغصب وغير ذلك من التجاوزات غير المشروعة. وشرع العقوبات لمن تجاوز على مال الغير.

النوع الخامس/ حفظ العقول:

حرم سبحانه وتعالى الاعتداء عليها بما يُحدث الخلل فيها من مسكرات ومخدرات.

القسم الثاني/ المقاصد (المصالح الحاجية):

وهي المصالح التي يحتاج إليها الإنسان لرفع المشقة ودفع الحرج والضيق، فخفف على الإنسان العبادات التي فيها مشقة قد تُعرض حياة الإنسان للضرر، وكذلك أمر بالتداوي

---

١ سورة النساء/٢٩
٢ سورة النور/٤
٣ سورة النور/٦

وأجاز استعمال الدم المحرم وقت الحاجة وأجاز كشف العورة عند الفحص الطبي وغير ذلك.

القسم الثالث/ المقاصد (المصالح التحسينية):

وهي التي لا يختل نظام الحياة ولا يقع الإنسان في ضيق وحرج ومشقة بتخلفها كلها أو بعضها، ولكنها لا يستغني عنها الإنسان في وصوله إلى الكمال وتحليه بالمحاسن وتخليه عن الرذائل.[1]

والذي يُلاحظ على هذه الأنواع والأقسام للمصلحة هو أنه لا يوجد معيار موضوعي واضح للتمييز بين تلك الأنواع والأقسام، فالإنسان حين هذه التقسيمات الأصولية كان يعيش في الحياة البدائية، وقد تطورت الحياة في هذا العصر وتعقدت وأصبح كثير من التحسينيات حاجيات، كما تحولت الحاجيات إلى الضروريات.

الإستنتاج:

يُستنتج من هذا العرض أن جميع الشرائع الإلهية والقوانين الوضعية مبنية على أساس مصلحة الإنسان أي المنفعة المستجلبة والمضرة المستدرأة، فتُشرّع وتُعدّل، إذا تغيرت المصلحة حسب تطورات الحياة البشرية، وتُلغى لمصلحة الإنسان على اساس قاعدة (الحكم يدور مع علته وجودا وعدماً)، وهذا واضح في القوانين الوضعية وفي الفقه الإسلامي، لكن التعديل والتغيير لا يطرءان على الأحكام الإعتقادية والأخلاقية والكونية (الطبيعية).

وجدير بالذكر أن الأحكام الواردة في القرآن الكريم خمسة أقسام وهي الإعتقادية كالإيمان بالله وما يتفرع عنه من الإيمان بسائر المغيبات، والأحكام الأخلاقية، أي ما يجب أن يتحلى به الإنسان من الفضيلة ويتخلى عنه من الرذيلة. والأحكام الكونية والأحكام العبرية، والأحكام العملية. وقد زعم البعض أن الأخلاق تتغير بتغير الأزمان، وهذا خطأ وخلط بين الأخلاق والأعراف والعادات.

ونصوص القرآن تبقى ثابتة لفظا ودلالة إذا كانت دلالتها على الأحكام قطعية، أما إذا كانت ظنية فإن مدلولاتها هي التي تتأثر بتغير المصلحة والزمان والمكان.

---

١ لمزيد من التفصيل يُراجع مؤلفنا (أصول الفقه في نسيجه الجديد) ص١٨٢ وما يليها.

-١٢٩-

قاعدة

(مصير الأسير إطلاق سراحه إما مناً أو فداءً)[1]

ومصدر هذه القاعدة قوله تعالى: ﴿فَإِذا لَقِيتُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا فَضَرْبَ الرِّقَابِ حَتَّى إِذَا أَثْخَنتُمُوهُمْ فَشُدُّوا الْوَثَاقَ فَإِمَّا مَنّاً بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاء حَتَّى تَضَعَ الْحَرْبُ أَوْزَارَهَا...﴾[2].

وقد خالف أكثر فقهاء الإسلام القرآن في تطبيق هذه القاعدة من وجهين، من حيث القواعد الفقهية ومن حيث التطبيقات الفقهية.

اولاً: من حيث القواعد:

ذهب جمهور الفقهاء بضمنهم فقهاء المذهب الحنفي[3] والمذهب المالكي[4] والمذهب الشافعي[5] والمذهب الحنبلي[6] الى إستحداث قاعدة فقهية مخالفة لنصوص القرآن الصريحة وهي (إن للإمام -رئيس الدولة) الخيارات الآتية في التعامل مع الأسير:

١. إسترقاق الأسير.
٢. قتل الأسير.
٣. إكراه الاسير على إعتناق دين الاسلام.
٤. فرض الجزية عليه إذا كان غير مسلم.

---

[1] يُنظر كتاب تجفيف مستنقع العبيد والجواري في القرآن للمؤلف.

[2] محمد : ٤

[3] بدائع الصنائع، رد المحتار على الدر المختار، شرح تنوير الابصار.

[4] الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي/٢/٤٩١-٤٩٢.
القوانين الفقهية لإبن جزي/ الكتاب السابع/في الجهاد، الباب الثامن في الغنائم/ص١٤٥.
بداية المجتهد لإبن رشد /٢/١٨٢.

[5] المهذب لابن إسحاق الشيرازي/ السير /٢/٢٣٦. مغني المحتاج للخطيب الشربيني/السير/ ٤/٣٠٢.

[6] المغني مع شرح الكبير/١٣/١٥. زاد المعاد لابن قيم الجوزية /٥/٦٠٥٩.

الخيار الاول: (إسترقاق الأسير) خطأ للاسباب التالية:

١. لايوجد في القرآن الكريم آية تدل على جواز إسترقاق الأسير بمنطوقها الصريح أو الإقتضاء أو الاشارة أو الإيماء أو مفهوم الموافقة أو مفهوم المخالفة، ثم إن الاسترقاق جريمة في حد ذاته فلا يجوز القول بإباحته إلا بالنص ولا نص في القرآن مطلقا.
٢. حصر القرآن مصير الأسير في إطلاق صراحةً حيث قال تعالى: ﴿فإمَّا منَّاً بعد وإمَّا فداءاً﴾. وهذه الصياغة للحصر هو واضح لدى كل ذي فهم سليم.
٣. لم يسترق الرسول صلى الله عليه وسلم في حياته أي اسير مسلما كان أو مشركا أو كتابياً أو حربياً بعد نزول آية حصر مصير الأسير.
٤. لم يسترق أحد من الخلفاء الراشدين وقادة المسلمين بعد نزول الآية المذكورة، والاسترقاق إذلالٌ بإنسان كرّمه الله وهو لايجوز الا لمبررٍ شرعي ولا مبرر.

الخيار الثاني: (قتل الأسير) وهو خطأ للأدلة الآتية:

١. قتل بغير حق ولاموجب للقصاص وهو مخالف لقوله تعالى (مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا)[1].
٢. مخالف لحصر القرآن مصير الأسير في إطلاق سراحه إما مناً وإما فداءاً.
٣. الأسير لم يشارك في المعركة بإختياره وإنما جاء مكرها بحكم سلطة عليا، فيُعتبر قتله عملا غير مشروع.
٤. قتله إنتقاما للطرف المعتدي مخالف لقوله تعالى: ﴿قُلْ أَغَيْرَ اللَّهِ أَبْغِي رَبًّا وَهُوَ رَبُّ كُلِّ شَيْءٍ وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلاَّ عَلَيْهَا وَلا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى ثُمَّ إِلَى رَبِّكُمْ مَرْجِعُكُمْ فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ﴾[2].
٥. نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن قتل النساء والصبيان أثناء الحرب، فكيف يجوز قتل الأسير إذا كان إمرأة أو حتى من هو دون البلوغ في حالة الأسر.

الخيار الثالث: (إكراه الاسير على الإيمان) باطل أيضاً للأدلة الآتية:

١. الإيمان يتكون من عنصرين أحدهما معنويُ وهو الاعتقاد الجازم الثابت المطابق للواقع بالله وما يتفرع عنه من المغيبات. والعنصر الثاني هو مادي، وهو عبارة

---

[1] سورة المائدة الآية (٣٢).
[2] سورة الانعام الآية (١٦٤).

عن الاعمال الصالحة كما قال سبحانه تعالى: ﴿وَالْعَصْرِ، إِنَّ الإِنْسَانَ لَفِي خُسْرٍ، إِلاَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَتَوَاصَوْا بِالْحَقِّ وَتَوَاصَوْا بِالصَّبْرِ﴾[1]. والاكراه عبارة عن ضغط غير مشروع على الانسان للقيام بعمل لايرضاه فهو إذا كان مسيطراً على العنصر المادي في الايمان، فليس له سلطة على العنصر المعنوي الباطني.

٢. الاكراه على الدين مخالف لنص القرآن لقوله تعالى (لا إكراه في الدين) ولفظ - اكراه- نكرة واقع في حيز النفي يشمل جميع الحالات. ثم إن الله سبحانه وتعالى عاتب نبيه حين أراد إكراه البعض حباً لهم فقال تعالى: ﴿وَلَوْ شَاءَ رَبُّكَ لَآمَنَ مَنْ فِي الأَرْضِ كُلُّهُمْ جَمِيعًا أَفَأَنْتَ تُكْرِهُ النَّاسَ حَتَّى يَكُونُوا مُؤْمِنِينَ﴾[2]. والهمزة في هذه الآية للإستفهام الانكاري وهو أقوى من النهي في علم البلاغة.

٣. إكراه أي شخص على الدين يؤدي الى إستحداث إنسان منافق في المجتمع لأن ظاهره يخالف باطنه والمنافق أخطر على المجتمع من الكافر الظاهر.

الخيار الرابع: فرض الجزية على الاسير:

مخالف لحكمة الجزية في صدر الاسلام، وهي كانت لعدم مشاركة غير المسلمين من أهل الجزية في الحروب التي كانت دفاعاً عن الاسلام، وغير المسلم لم يفرض عليه هذا الدفاع وكانت أيضاً بمثابة البدل النقدي في الخدمة العسكرية الاجبارية. وأهل الجزية لم يكن مكلفاً بهذه الخدمة. أما اليوم فقد تخلفت هذه الحكمة والعلة الغائية لأن المسلمين وغير المسلمين في كل بلد متساوون في خدمة بلدهم دفاعاً عن دين وحياة وأعراض وأموال أهل بلدهم، والقاعدة الأصولية الشرعية المتفق عليها تقضي بأن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً.

ثانياً: مخالفة الفقهاء للقرآن في تطبيقاتهم الفقهية

الفقه الحنفي

في بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للعلامة الفقيه علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي.[3]

---

[1] سورة العصر (١-٣).

[2] سورة يونس الآية (٩٩).

[3] المتوفي عام ٥٨٧ هـ ، مطبعة الامام القاهرة، الجزء الخامس، ص٢٩٩٠.

ذكر هذا الفقيه في موضوع مطابقة الايجاب للقبول في البيع في أقل من صحيفة واحدة ما يلي:

(وإذا أوجب البيع في العبد فقبل في الجارية لا ينعقد، وكذا إذا أوجب في العبدين فقبل في أحدهما بأن قال بعت منك هذين العبدين بألف درهم فقال المشتري قبلت في هذا العبد وأشار الى واحد معين لاينعقد، لأن القبول في أحدهما تفريق الصفقة على البائع).

(وكذا لو أوجب البيع في كل العبد فقبل المشتري في نصفه لاينعقد لأن البائع يتضرر بالتفريق وكذلك إذا قال بعت منك هذين العبدين بألف درهم فقبل المشتري في أحدهما وبين ثمنه فقال البائع بعت يجوز).

(هذا إذا لم يبين البائع حصة كل واحد من العبدين، بأن قال بعت منك هذبن العبدين بألف درهم، فأما إذا بيّن بأن قال بعت منك هذين العبدين، هذا بألف وهذا بخمسمائة فقبل المشتري لأحدهما دون الأخر، جاز البيع، لانعدام تفريق الصفقة من المشتري). ومن البدهي أن هذا العالم الكبير ذكر عشر مرات لفظ العبد ومرة لفظ الجارية كأمثلة تطبيقية في مطابقة الايجاب والقبول في عقد البيع في أقلّ من صحيفة واحدة وقس على هذا بقية الأمثال الفقهية في بقية المراجع.

وإستبعاداً للتطويل أكتفي بذكر عدد المرات في بقية المذاهب للأمثلة التطبيقية.

١. **الفقه المالكي:** في كتاب الخرشي على مختصر سيدي خليل وبهامشه/حاشية الشيخ عدوي، الجزء الرابع، تكرر لفظ الرقيق وما يرادفه في موضوع (يجب الاستبراء بحصول الملك) في صحيفة واحدة –ص١٦٤، خمس مرات).
٢. **الفقه الشافعي:** كتاب الأم للشافعي، لأبي عبدالله محمد بن ادريس (رحمه الله) وبهامشه المزني للأمام اسماعيل بن الحسين المزني الشافعي. تكرر لفظ الرقيق وما يرادفه كأمثلة تطبيقية في موضوع (وما يجزي من الرقاب الواجبة وما لايجزي في صحيفة واحدة ص٢٦٥، ج٥) ست مرات.
٣. **الفقه الحنبلي:** في كتاب المغني لابن قدامة محمد بن محمد بن أحمد بن محمد بم قدامة[1]، مختصر أبي القاسم (عمر) بن حسين بن عبدالله بن أحمد الخرقي، في موضوع أحكام الطلاق، ج٣، في صحيفة واحدة، ص٥٧٧، تكرر لفظ الرقيق وما يرادفه تسع مرات.

---

[1] المتوفي عام ٦٣٠ هـ

٤. **الفقه الجعفري (الإمامي):** في كتاب الروض البهية شرح اللمعة الدمشقية لزين الدين الجبعي العاملي، موضوع العتق، ج٢، تكرر لفظ الرقيق ومايرادفه في صحيفة واحدة، ص١٩٥، عشر مرات.
٥. **الفقه الزيدي:** كتاب الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير، للعلامة الحسيني بن احمد بن الحسين الصنعاني[1]، ج٣، موضوع عهدة الرقيق ثلاثة أيام، تكرر في هذا المرجع لفظ الرقيق وما يرادفه كأمثلة تطبيقية ثماني مرات في صحيفة واحدة، ص٢٥٧.
٦. **الفقه الظاهري:** في كتاب المحلى لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، ج١٠، كتاب أحكام الطلاق، تكرر لفظ الرقيق وما يرادفه كأمثلة تطبيقية في صحيفة واحدة، ص١٣١، ثلاثة وعشرون مرة.
٧. **الفقه الاباضي:** كتاب النيل وشفاء العليل، للعلامة محمد بن يوسف أطفيش، طبعة مكتبة الارشاد، ج٩، موضوع (الحوالة) تكرر في صحيفة واحدة، ص٤١٥، لفظ الرقيق وما يرادفه كأمثلة تطبيقية ست مرات.

وبعد هذه الاحصائية الدقيقة لاستعمال العبد والجارية كأمثلة تطبيقية فقهية شرعية والتعامل مع الرقيق كحيوان مملوك أو مال منقول يجوز فيه التصرف والاستعمال والاستغلال يتبيّن لنا مدى مخالفة الفقه الاسلامي في المذاهب الفقهية الاسلامية كافة للقرآن الكريم الذي ألغى نظام الرقيق وإستعباد الانسان لأخيه الانسان المستحدث من قبل الانظمة القديمة الوحشية في العصر الهمجي. وهذا المنهج الذي سار عليه فقهاء الاسلام بالاضافة الى أنه يعد وصمة عار في جبين الفقه الاسلامي بالنسبة للقوانين الوضعية التي حرمت الرق وجعلت التعامل معه بإعتباره مالاً مملوكاً جريمة يعاقب عليها في جميع دول العالم جعلت عقلية أكثر علماء الدين يؤمنون ببقاء نظام الرق ما دامت الحياة باقية على كوكب الأرض.

---

[1] المتوفي، عام ١٢٢١هـ

-١٣٠-

قاعدة
(المطلّقة طلاقا رجعيا يلحقها الطلاق أثناء عدتها)

الصواب:
(المطلاقة لا تُطلّق والمعتدّة لا تعتدّ)

وهذه القاعدة الفقهية التي أقرها أكثر فقهاء الإسلام، مخالفة للقرآن الكريم، وذلك لأن الله تعالى قال: ﴿يَاأَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾[1]. ولام (لعدتهن) للتوقيت، أي الطلاق يجب أن يكون في وقت تبدأ عدة المطلقة مباشرة، والمطلقة لا تُطلّق إلا بعد مراجعتها ثم تطليقها مرة أخرى، وكذلك المعتدة لا تعتد، لأن من في العدة كيف تبدأ بالعدة؟ ومن الواضح أن تطليق المطلّقة وبدء العدة في العدة يكون كل منهما من باب تحصيل الحاصل، وقد أجمع العقلاء والعلماء على أن تحصيل الحاصل مستحيل.

وبناءً على هذه الأدلة النقلية والعقلية فلا يلحق المطلقة رجعياً طلاق أخر وهي لا تزال في العدة. فمن أراد أن يطلق زوجته المطلّقة رجعيا طلقة أخرى فعليه أن يراجعها بالرجعة في الطلاق الرجعي وبعقد جديد في الطلاق البائن، ثم يطلقها مرة أخرى إذا أراد ذلك.[2]

ولكن من المؤسف أن كثيرا من المقلّدين لا يعملون بهذه الآية، بل يُفتون للناس بما في المذهب دون ما في القرآن.

ومن الغريب أن الإمام الشافعي (رحمه الله) يقول: "إن الطلاق الرجعي يرفع النكاح"، ورغم ذلك يقول "إن المطلقة رجعيا يلحقها الطلاق قبل انتهاء عدتها".[3]

---

١ سورة الطلاق/١

٢ الإسلام قبل المذاهب عقيدة وشريعة لجماعة من نوابغ العلماء، ص١٢٠ وما يليها.

٣ المرجع السابق.

-١٣١-

قاعدة

(المُمْتَنِعُ عَادَةً كَالمُمْتَنِعِ حَقِيقَةً)[١]

أي ما كان حسب العادة من الأمور الممتنع وقوعها فإنه يُعتبر بحكم الممتنع في نفس الأمر والواقع.

ومن تطبيقات هذه القاعدة حسب شروح بعض العلماء[٢] ما يلي:

١- لو ادعى المعروف بالفقر أنه قد أقرض زيدا مبلغا باهظاً من النقود دفعة واحدة، لا تُسمع دعواه لامتناع زعمه عادة.

٢- إذا أقرّ أحد لآخر بشيء ثم ادعى أنه كان كاذبا في إقراره، لا تُسمع دعواه بالكذب لأن الإنسان البالغ العاقل المختار لا يُقر على نفسه بالكذب حسب العادة، ولكن للمُقر له أن يحلف على عدم الكذب في الإقرار، على قول بعض الفقهاء كأبي يوسف.[٣]

٣- إذا ادعى أحد أن زيدا المعروف أنه في غيابة السجن، قد غصب سيارته يوم الدعوى، لا تُسمع دعواه لامتناع ذلك عادة.

٤- إذا ترك الدائن المطالبة بحقه حتى مضت مدة التقادم، تُرد دعواه، فالتقادم يُسقط الدعوى ولكن لا يُسقط الحق.

---

١ مجلة الأحكام العدلية، م٣٨.. هذه القاعدة رغم أنها مندرجة تحت قاعدة (العرف محكم) واشرنا إليها بإيجاز، إلا أن تكرارها بصورة مستقلة كان لأهميتها من الناحية العملية.

٢ كالأستاذ منير القاضي

٣ الأستاذ منير القاضي ٢/٩٩

-١٣٢-

قاعدة
(مَنْ اسْتَعْجَلَ الشَّيْءَ قَبْلَ أَوَانِهِ عُوقِبَ بِحِرْمَانِهِ)[1]

هذه القاعدة وردت بتعابير أخرى منها (من استعجل ما أخره الشرع يجازي برده) ومنها (من استعجل شيئا قبل أوانه ولم تكن المصلحة في ثبوته عوقب بحرمانه).

الأحكام المترتبة على هذه القاعدة:

يتفرع عن هذه القاعدة أحكام فقهية فرعية منها:

أ- اذا قتل شخص مورثه سواء أكان فاعلا أصلياً أم شريكاً، أم كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم عليه بالإعدام، وتنفيذ عقوبة القاتل بالعقوبة المقررة لجريمة القتل أصالة وبالحرمان من ميراث مقتوله كعقوبة تبعية، لأنه يُتهم في هذه الحالة بان القصد الذي يكنه من وراء إقدامه على هذه الجريمة هو الحصول على تركة القتيل، وهذا الحرمان ثابت بنص قول الرسول(ﷺ) ((لا يرث القاتل))[2] ولكن أساس هذا النص والحكمة من حكمه والفلسفة التشريعية للقاعدة المذكورة هي حماية أرواح الأبرياء وعدم إعطاء المجال للمجرم لأن يستفيد من جريمته.

ب- من أوصى لآخر بمال فإن المال الموصى به تنتقل ملكيته إلى الموصى له بعد وفاة الموصي. فاذا قتل الموصى له الموصي عوقب بعقوبة تبعية وهي حرمانه من الوصية، بالإضافة إلى عقوبته الأصلية. وذلك لأن القتل يفسر بأنه استعجل في الحصول على الموصى به، لذا عوقب بحرمانه منه.

---

١ السيوطي الاشباه والنظائر ص ١٦٩.
ابن نجيم ، المصدر السابق ١/ ١٩٠.
مجلة الأحكام العدلية، م٩٩.
وهذه القاعدة لدى السيوطي هكذا (من استعجل شيئا قبل اوانه عوقب بحرمانه).

٢ رواه أبو داود ٢٥٨١، رواه مالك في الموطأ وأحمد وابن ماجه ٢٥٨٢.

ج- من وهب مالاً لشخص ثم قتل الموهوب له الواهب، حُرم من الموهوب، فعليه رده للواهب إذا استلمه، لأن عمله يُفسر بأنه كان ناكر الجميل.

د- من طلّق زوجته في مرض موته بلا رضاها وبدون تقصير منها، يُفسر الطلاق بأنه أراد به الزوج حرمان الزوجة من التركة، ولذلك سمي (طلاق فارّ) وقال فقهاء الشريعة بالإجماع إن الطلاق يقع ولكنها ترث، مع الاختلاف في سقوط هذا الحق بالنسبة للمدة التي تقع بين الطلاق وبين الوفاة.

قال الحنفية[١]، ترث اذا توفي الزوج وهي لاتزال في العدة.

وقال الحنابلة[٢]، ترث ما لم تتزوج، فاذا تزوجت سقط حقها.

وقال الجعفرية[٣]، ترث ما لم تتزوج وما لم تمض سنة على الطلاق. والا سقط حقها.

وقال المالكية[٤]، والاباضية[٥]، ترث مطلقا لبقاء السبب وعدم سقوطه بالتقادم.

وللشافعية[٦] آراء مختلفة كل رأي يتفق مع مذهب من هذه المذاهب.

---

[١] المبسوط للسرخسي ١٥٤/٦.

[٢] المغني لأبن قدامة ٣٣٠/٦.

[٣] الكافي للكليني ١٣٢/٦.

[٤] المنتقى شرح موطا ٨٥/٤.

[٥] شرح النيل وشفاء العليل ١٧٦/٨.

[٦] المهذب لأبـي اسحاق ٥٢/٢.

-١٣٣-

قاعدة
(من أتلف شيئاً لنفسه ضمنه
ومن أتلفه دفعاً لضرره لا ضمان عليه)

وورد بتعبير آخر (من أتلف شيئا لدفع أذاه لم يضمنه، وإن أتلفه لدفع أذاه به ضمنه)[1]

ومضمون هذه القاعدة: من أتلف شيئاً لغيره نفساً فما دونها أو مالا، وكان ذلك الإتلاف لدفع ضرر وأذى هذا الشيء عن نفسه، لا يكون ضامناً لهذا المتلف، ولكن إذا أتلف شيئاً لدفع اذى عن نفسه به، بأن كان المتلف آلة لدفع الأذى، فإن على المتلِف ضمانه.

ومن تطبيقات هذه القاعدة:

١- إذا صال عليه حيوان (آدمي أو بهيمة) فدفعه عن نفسه بالقتل حيث لم يُمكن دفعه بأقل من ذلك، فلا ضمان عليه.
لكن إذا قتل حيوانا لغيره وأكل لحمه في مخمصة ليحيى به نفسه فعليه ضمانه.

٢- إذا أشرفت السفينة على الغرق، فألقى متاع غيره بغير إذنه ليخففها، فهو ضامن لما ألقى، لكن لو سقط عليه متاع غيره فخشي أن يُهلكه فدفعه فوقع في الماء، لم يضمنه.

٣- إذا خافت الحامل والمرضع على نفسيهما من الصوم فأفطرتا فلا فدية عليهما، بل عليهما القضاء فقط، لكن إذا أفطرتا خوفاً على ولديهما فعليهما الفدية على المشهور في بعض المذاهب[2].

٤- إذا أكره على الحلف بيمين لحق نفسه، فحلف دفعاً للظلم عنه، لم تنعقد يمينه، لكن لو أكره على الحلف لدفع الظلم عن غيره فحلف، إنعقدت يمينه.[3]

---

[1] قواعد ابن رجب، القاعدة ٢٦

[2] كالحنابلة.

[3] القواعد في الفقه الإسلامي للحافظ أبي الفرج عبدالرحمن بن رجب الحنبلي (ت٧٩٥هـ) ص٣٧.

-١٣٤-

قاعدة
(من أتلف مال الغير يكون ضامنا)

الصواب:

(من أتلف مال الغير بدون مبرر، يكون ضامناً)

فهذه القاعدة على إطلاقها غير صحيحة، ما لم تُقيّد بقيد (إذا كان في إتلافه قد تعمّد أو تعدّى). التعمد هو قصد الحاق الضرر بالغير بدون مبرر، أما التعدي فهو القيام بعمل غير مشروع ضارّ. وقد فعل حسناً المشرع العراقي حيث نصّ على هذا القيد في المادة (١٨٦). وقد وقع في الخطأ المشرع الأردني في القانون المدني النافذ حيث نصّ في المادة (٢٥٧) على أن المتسبب لا يكون ضامنا ما لم يكن متعمدا أو متعدياً، أما المباشر فهو ضامن ولو بلا شرط (شرط التعمد والتعدي)، وهذا خطأ لأن الفاعل سواء كان مباشرا أو متسببا إذا لم يكن متعمدا ولا متعديا في إتلافه يكون عمله مباحاً، والمباح لا يُسأل فاعله لا جنائيا ولا مدنياً، لأن عناصر المسؤولية التقصيرية هي:

التعدي(العمل غير المشروع)+ الضرر+ علاقة السببية.

فإذا تخلف عنصر من هذه العناصر فلا يُسأل الفاعل مدنيا، كما لا يُسأل جزائيا من باب أولى، وبناءً على ذلك يجب تعديل القاعدة بالآتي (من أتلف مال الغير يكون ضامنا إذا كان في إتلافه قد تعمد أو تعدى).

-١٣٥-

قاعدة

(من سبق إلى المباحات فهو أحق بها)[1]

المراد بالمباحات في هذه القاعدة، ما ليس له مالك شرعي، ومصدرها قول الرسول(ﷺ): ((من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم، فهو أحق به)).[2]

وجدير بالذكر إن لفظ (مسلم) في هذا الحديث الشريف ليس له مفهوم مخالف، فيشمل غير المسلم أيضاً، ما لم يكن من الأعداء المحاربين.

ومن تطبيقات هذه القاعدة:

أ- إحياء الأرض الموات، فمن عمّرها ببناء أو حفر بئر وصل إلى مائها أو إجراء ماء إليها أو تنقيتها من الأحجار التي لا تُزرع مع وجودها، أو منع المياه المستنقعة التي لا تُزرع مع وجودها، ملّكها ولم يُزاحمه أحد فيها.

ب- السبق إلى صيد البر أو البحر أو الحطب أو الحشيش أو الأحجار أو الأتربة أو نحو ذلك من المباحات. فكل من سبق إلى شيء من ذلك وأختاره ملكاً له، ملّكه، فلا يحق لغيره أن يُنازعه في حدود ما يدخل في ملكه.

ج- السبق إلى الأماكن المشتركة كالسبق إلى الجلوس في المسجد أو الأسواق أو الأوقاف أو الأندية أو المحلات المخصصة للمؤتمرات، بالسابق إلى شيء من ذلك أحق به من غيره حتى ينقضي غرضه الذي سبق إليه، ما لم تقم قرينة على خلاف ذلك.

---

[1] القواعد والأصول الجامعة، المرجع السابق.

[2] أخرجه أبوداود في الخراج، باب في اقطاع الأرضين. رقم الحديث ٣٠٧١. والبيهقي ١٤٢/٦. والطبراني في الكبير ٧٦/١.

-١٣٦-

قاعدة

(من سدد دين الغير على المدين رده ما لم ينوِ التبرع)[1]

وذلك عملا بمقتضى قوله تعالى: ﴿هَلْ جَزَاء الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ﴾[2]، والذي يقوم بوفاء دين الغير بدون إذنه، يجب على المدين رد ما تمّ به الوفاء من مثلٍ أو قيمةٍ. لأنه قام بعمل لم يجب عليه، وذلك إحساناً أو فضالةً، ويلتزم المدين بجزائه عن طريق تسديد الوفاء بمثل أو بدل ما وفى به. بناءً على الآية المذكورة.

وقد ذهبت بعض القوانين كالقانون المدني العراقي[3] إلى أن وفاء دين الغير بدون إذن الدائن أو نيابته يُعد تبرعاً مطلقاً، ما لم ينوِ الرجوع على المدين بعد الوفاء. وكانت هناك قرينة تدل على نية الرجوع.

---

[1] مصدر هذه القاعدة قوله تعالى: ﴿هَلْ جَزَاء الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ﴾الرحمن : ٦٠.
ينظر نظرية الضمان للشيخ علي الخفيف (رحمه الله).

[2] الرحمن : ٦٠

[3] المدني العراقي النافذ، م ٢٣٩ الذي نصه: ((إذا قضى احد دين غيره بلا امره سقط الدين عن المدين سواء قبل او لم يقبل ويعتبره الدافع متبرعاً لا رجوع له على المدين بشيء مما دفعه بلا امره الا اذا تبين من الظروف ان للدافع مصلحة في دفع الدين او انه لم يكن عنده نية التبرع.))

-١٣٧-

قاعدة

(مَنْ سَعَى فِي نَقْضِ مَا تَمَّ مِنْ جِهَتِهِ فَسَعْيُهُ مَرْدُودٌ عَلَيْهِ)[١]

أي إذا تم أمر من قبل أحد، فلا يُسمع قوله ولا يُعتبر عمله في إبطال ما كان قد أتمه، فلا يُلتفت إلى سعيه وعمله في هذا الخصوص.

ومن تطبيقاتها:

١- إذا باع شخص لآخر مالا ثم ادعى أنه فضولي في البيع والبيع غير نافع، وادعى المشتري أنه كان ملك البائع أو أن البائع وكيل المالك للمبيع، فالبيع نافذ، فالقول قول المشتري، ولا يُسمع قول البائع.

٢- (إِذَا أَقَرَّ أَحَدٌ بِصُدُورِ عَقْدِ بَاتٍّ صَحِيحٍ مِنْهُ وَرَبَطَ إِقْرَارَهُ هَذَا بِسَنَدٍ ثُمَّ ادَّعَى أَنَّ ذَلِكَ الْعَقْدَ كَانَ وَفَاءً أَوْ فَاسِدًا، فَلَا تُسْمَعُ دَعْوَاهُ). [٢]

٣- الكفيل بالدرك[٣] ليس له أن يدعي استحقاق المبيع، لأن بيع الشيء المكفول بدركه إنما تم بسبب كفالة الكفيل، فليس له أن يسعى لنقض ما تم من جهته.[٤]

---

١ مجلة الأحكام العدلية، م١٠٠

٢ مجلة الأحكام العدلية، م ١٦٥٨

٣ الدرك ضمان الإستحقاق

٤ الأستاذ منير القاضي ص١٦٤.

-١٣٨-

قاعدة
(المنافع غير مضمونة)

الصواب: (المنفعة مضمونة كالرقبة)

هذه القاعدة من قواعد فقهاء الحنفية، حيث ظنوا أن المنفعة من الأعراض وهي تتجدد بتجدد الزمان ولذلك لا تُعتبر من الأموال، لأن المال هو ما يكون محرزاً ويُدّخر، وبما أن المنفعة لا يمكن ادّخارها لتجددها بتجدد الزمان، فلا تُعد مالاً، وإذا لم تكن مالا لا تكون مضمونة عند من يعتدي عليها.

وعلى سبيل المثل من غصب داراً وانتفع بها لمدة سنة مثلا، لا يُطالب الغاصب بتعويض ما انتفع به في الدار المغصوبة من أجر المثل، لأن المنفعة ليست مالا لعدم امكان ادخارها بسبب تجددها بتجدد الزمن.

وقد شعر المتأخرون من فقهاء الحنفية بأن رأيهم هذا يتنافى مع العدالة، لذا قالوا المال الذي يُعد للاستغلال أو يكون للقاصر، أو من الأموال العامة كالوقف، يجب فيه الضمان.

والواقع أن القاعدة خاطئة في أساسها، لأنها مبنية على الخلط بين المنفعة وبين الانتفاع. فالانتفاع هو الذي يتجدد بتجدد الزمان، أما المنفعة فهي طاقة كامنة في رقبة المال، تُستهلك تدريجيا إلى أن تُصبح مستهلكة غير قابلة للانتفاع، فعندئذ تُرمى الرقبة في المزبلة أو في سلة المهملات.

وعلى سبيل المثل البطارية فيها طاقة كهربائية كامنة ينتفع بها الإنسان ما دامت الطاقة باقية، وبناءً على ذلك تكون الملكية إما تامة كملكية صاحب السيارة في سيارته التي في حيازته وملكية صاحب الدار التي يسكن فيها. وإما ملكية ناقصة بأن يؤجر صاحب الدار داره، ففي مدة عقد الإجارة الرقبة تبقى ملكا للمؤجر، وتتحول ملكية المنفعة إلى المستأجر، ينتفع بها تدريجيا، وهذا الانتفاع يتجدد بتجدد الزمان، وملكية كل من المؤجر والمستأجر خلال زمن الإيجار تكون ناقصة، لأن أحدهما يملك الرقبة فقط، والآخر يملك المنفعة دون الرقبة.

فيجب تبديل القاعدة بـ(المنفعة مضمونة كالرقبة).

-١٣٩-

قاعدة

(موت أحد الورثة قبل توزيع التركة ينسخ ما بُني على موت الوارث السابق)[١]

وهذا ما يُسمى في اصطلاح علم الميراث المناسخة.

المناسخة: مأخوذة من النسخ، والنسخ لغة ابطال الشيء وإزالته، يقال نسخت الشمس الظل أي أذهبته وحلّت محله.[٢]

وفي الإصطلاح الفقهي: انتقال نصيب بعض الورثة بموته قبل توزيع التركة الى من يرث منه.[٣]

فإذا مات شخص وترك ورثة، فمات أحدهم قبل قسمة التركة، ينتقل نصيبه الى من يرثه منه.

وسُميت هذه العملية الإنتقالية مناسخةً، لأن كلاً من مسألة الميّت الأول والثاني فأكثر تُنسخ وتزول بالأخرى، فتتكون من الكل مسألة واحدة تسمى الجامعة.

وهذا الموضوع رغم اهميته أُهمل في كثير من المؤلفات الحديثة في علم الميراث، لأنها عُدت من المسائل العويصة.

ضوابط حل مسائل المناسخات:

إذا مات شخص عن ورثة فمات أحدهم أو أكثر قبل تحرير التركة وتقسيمها، تُتبع الضوابط الآتية:

---

١ احكام الميراث والوصية وحق الإنتقال، موضوع المناسخات.

٢ القاموس المحيط ١/٢٧١.

٣ مغني المحتاج للشربيني ٣/٣٦.

أولا: إذا لم يرث الميّت الثاني غير الباقين من ورثة الميّت الأول وكان إرثهم منه كإرثهم من الأول، يُعد الثاني كأن لم يكن أصلا، وقُسمت التركة بين الباقين. وهذه الحالة إنما تكون في ورثة يكونون من صنف واحد تكون أصول مسائلهم عدد رؤوسهم كالبنين وأبناء الإبن، والإخوة من الأبوين أو من الأب أو من الأم. أو يكونون من صنفين في درجة واحدة من القرابة، يرثون بمقتضى قاعدة (للذكر مثل حظ الأنثيين) وتكون أصول مسائلهم عدد رؤوسهم بعد اعتبار كل ذكر انثيين.[1]

ثانيا: وان لم ينحصر ارث الميّت الثاني في الباقين، إما لأن الوارث غيرهم أو لأن غيرهم يشركهم فيه، أو انحصر فيهم، ولكن اختلف قدر الإستحقاق لهم من الميّت الأول والثاني، فعندئذ تُحدد مسألة الميّت الأول والميت الثاني كل على انفرادها وينظر فيهما بحسب الآتي:

أ- فإذا انقسم نصيب الميّت الثاني من الأول على مسألته بسبب المماثلة أو المداخلة، يُكتفي بالمسألة الأولى.

الورثة: زوج (٢) أخت ش. ماتت إحداهما عن الأخرى وبنت ابن

المسألة الأولى:

الورثة:	زوج	(٢) أخت ش.	
الفروض:	٢/١	٣/٢	المسألة (٦) عالت الى (٧)
الأسهم:	٣	٤	لكل أخت سهمان.

المسألة الثانية:

الورثة:	بنت ابن	أخت ش	المسألة (٢)
الفروض:	٢/١	ق	لأنها عصبة مع الغير
الأسهم:	١	١	

فيُكتفي بالمسألة الأولى، لأن نصيب الميّت الثاني يقبل القسمة على مسألته.

ب- وإن لم يقبل نصيب الميّت الثاني من الأول القسمة على مسألته، تُطبق القواعد الآتية:

---

[1] من مات عن خمسة بنين أو خمسة إخوة، مات أحدهم قبل القسمة، تُقسم تركته على أربعة بدلا من خمسة، فيعتبر الخامس المتوفى كان لم يكن أصلا، ومن مات عن ثلاثة بنين وثلاث بنات مثلا، فإذا ماتت إحدى البنات، توزع التركة على ثمانية بدلا من تسعة، بعد اعتبار كل ذكر انثيين، وهكذا.

القاعدة الأولى: تُحدد مسألة الميّت الأول والثاني كل بمعزل عن الأخرى، فإذا كانت النسبة بين أسهم الميّت الثاني ومسألته بالتوافق، فإن كان التوافق بالنصف،[١] يُضرب نصف المسألة الثانية في تمام المسألة الأولى، وإن كان التوافق بالثلث،[٢] يُضرب ثلثها في المسألة الأولى، وإن كان التوافق بالربع[٣] يُضرب ربعها في الأولى[٤] وهكذا.

وفي جميع الصور يكون حاصل الضرب المسألة الجامعة لمسألتي الميّت الأول والثاني.

لمعرفة نصيب كل وارث من المسألة الجامعة يؤخذ بالمعيارين الآتيين:

١- من له شيء في المسألة الأولى أخذه مضروباً في ما ضُرب فيها.

ومن له شيء من الثانية أخذه مضروباً في وفق نصيب الميّت الثاني من الأول.

كما في الأمثلة الآتية:

أ- التوافق بالنصف: كمن مات عن زوجة وأم وأخ لأب ماتت الأم عن أخ ش. وأخ م.

المسألة الأولى:

الورثة:	زوجة	أم	أخ لأب	أصل المسألة (١٢)
الفروض:	١/٤	١/٣	ق	
الأسهم:	٣	٤	٥	

المسألة الثانية:

الورثة:	أخ لأم	أخ ش.	أصل المسألة(٦)
الفروض:	١/٦	ق	
الأسهم:	١	٥	

المسألة الجامعة: بين نصيب الميّت الثاني من الأول وهو عدد(٤) ومسألته (٦) التوافق بالنصف، فيضرب وفق (نصف) مسألته في تمام الأولى (٣×١٢=٣٦)

---

[١] بأن يقبل كل منهما القسمة على عدد (٢) مثل (٦) و (٤).

[٢] بأن يقبل كل منهما القسمة على عدد (٣) مثل (٩) و (٦).

[٣] بأن يقبل كل منهما القسمة على عدد (٤) مثل (١٢) و (٨).

[٤] بعولها أو بعد تصحيحها إذا كانت عائلة أو مصححة.

المسألة الجامعة.

للزوجة (٣×٣)= ٩ كلاهما ورثة الميّت الأول.
للأخ لأب (٥×٣)= ١٥
للأخ ش. (٥×٢)= ١٠ كلاهما ورثة الميّت الثاني.
للأخ م (١×٢)= ٢

ب- التوافق بالثلث: كمن مات عن أم وبنت الإبن وماتت بنت الإبن عن زوج وأم وابن.

المسألة الأولى:

الورثة:	أم	بنت الإبن	المسألة (٦) ردت الى (٤)[1]
الفروض:	١/٦	١/٢	
الأسهم:	١	٣	

المسألة الثانية:

الورثة:	زوج	جد	ابن	المسألة تصح من (١٢)
الفروض:	١/٤	١/٦	ق	
الأسهم:	٣	٢	٧	

المسألة الجامعة: بين نصيب الميّت الثاني مـن نصـيب الأول (٣) ومسـألته (١٢) توافـق بالثلـث، فيُضـرب ١/٣ المسـألة الثانيـة في تمـام الأولى بعـد الـرد. (٤×٤=١٦). (المسألة الجامعة).

الأم ترث من الأول والثاني، لذا يكون نصـيبها مـن المسـألة الجامعـة (١×٤)+(٢×١)=٦.[2] والزوج وارث للثاني دون الأول ونصيبه من الجامعة (٢×١)=٢.
والإبن وارث للثاني دون الأول ونصيبه من الجامعة (٧×١=٧).

---

١ يبقى بعد نصيب كـل منهمـا سـهمان يُرد عليهمـا بالنسبة الى حصصـهما، لـلأم ربـع البـاقي، إن نصيبها مجموع الحصص المستحقة ولبنت الإبن ثلاثـة أربـاع السـهمين لـنفس السـبب. وتُرد المسـألة من(٦) الى (٤) يكون للأم ١/٤ ولبنت الإبن ٣/٤.

٢ هذه الأم في المسألة الثانية عين الأم في المسألة الأولى، لها سهم واحد في المسـألة الأولى، يُضـرب فيمـا ضرب فيها (١×٤=٤) ولها في المسألة الثانية سهمان، يُضـربان في وفـق (١/٣) نصـيب الثـاني مـن الأول (٢×١=٢).

القاعدة الثانية: تُحدد مسألة الميّت الأول والثاني كل بمعزل عن الأخرى، فإذا كانت النسبة بين اسهم الميّت الثاني ومسألته بالتباين، بأن كانا فرديين مثل (٣) و(٥) أو كان أحدهما فردياً مثل (٧) والآخر زوجياً مثل (٨)، يُضرب تمام مسألة الثاني في تمام المسألة الأولى[١] وحاصل الضرب يكون أساساً لتوزيع تركة كليهما، ويسمى هذا الأساس المسألة الجامعة ولمعرفة نصيب كل وارث من المسألة يؤخذ بالمعيارين الآتيين:

١- من له شيء في المسألة الأولى يأخذه مضروبا فيما ضُرب فيها.

٢- من له شيء في المسألة الثانية يأخذه مضروبا في تمام أسهم نصيب الميّت الثاني من الأول.

ومن تطبيقاته:

مات زوج عن زوجة و(٣) بنين وبنت (ماتت البنت قبل تقسيم التركة عن أم و(٣) أخوة ش.).

المسألة الأولى:

الورثة:	زوجة	(٣) بنين.	بنت	المسألة (٨)
الفروض:	١/٨	ق		(للذكر مثل حظ الأنثيين)
الأسهم:	١	٧		لكل ابن سهمان وللبنت سهم واحد

المسألة الثانية:

الورثة:	أم[٢]	(٣) اخوة ش.[٣]	المسألة(٦)[٤]
الفروض:	١/٦	ق	وتصح من (١٨)[٥]
الأسهم:	٣	١٥	لكل أخ (٥)

المسألة الجامعة: بما ان نصيب الميّت الثاني (البنت) من الميّت الأول سهم واحد

---

١ بعولها أو بعد تصحيحها إذا كانت عائلة أو مصححة.

٢ هي نفس الزوجة في المسألة الأولى.

٣ هم نفس الأبناء في المسألة الأولى.

٤ هو نفس مقام نصيب الأم (١/٦).

٥ لأن نصيب الإخوة (٥) وهي لا تقبل القسمة عليهم، فيُضرب عدد رؤوسهم في اصل المسألة (٣×٦)=١٨.

وهو متباين مع مسألته (٨)، يُضرب تمام مسألته في المسألة الأولى (١٨×٨)=١٤٤ المسألة الجامعة. للزوجة (١×١٨)+ (٣×١)= ٢١.[1]
ولكل ابن من الأولى بصفة البنوة سهمان (٢×١٨)= ٣٦.
ومن الثانية بصفة الأخوة (٥×١)= ٥,

٣٦+٥= ٤١ نصيب كل واحد منهم.
٣×٤١= ١٢٣ نصيب الثلاثة.
١٢٣+ ٢١= ١٤٤. (نصيب الجامعة)

القاعدة الثالثة: إذا مات ثالث قبل توزيع تركة الأول والثاني، عمل في مسألته ما عمل في مسألة الميّت الثاني من التفاصيل المذكورة، فإذا صُححت المسألة الأولى والثانية وصارتا مسألة واحدة جامعة، فتُعد الجامعة هي المسألة الأولى وتصحيح المسألة الثالثة باعتبارها مسألة ثانية، فإن انقسمت سهام الميّت الثالث من المسألة الجامعة التي عُدّت الأولى بالنسبة اليه، فذاك واضح يُكتفي بالمسألة الجامعة الأولى، وإلا فإن كان بين نصيبه ومسألته التوافق، يُعمل بمقتضى القاعدة الأولى، وإن كان بينهما التباين يُعمل بموجب القاعدة الثانية، فلو ماتت إمرأة عن زوج وأم وثلاث بنات، ثم مات الزوج عن ابنتين، ثم ماتت الأم عن أخ وأخت لأب، تُوحد المسائل الثلاث في مسألة جامعة واحدة كالآتي:

المسألة الأولى:

الورثة:	زوج	أم	(٣) بنات	أصل المسألة (١٢) عالت
الفروض:	٤/١	٦/١	٣/٢	الى ١٣ وتُصحح من ٣٩
قبل التصحيح	٣	٢	٨	
بعد التصحيح	٩	٦	٢٤ لكل واحدة (٨)	

المسألة الثانية:

الورثة: (٢) ابن أصل المسألة (٢) لكل ابن سهم واحد
ونصيب الميّت الثاني من الأول (٩) لا يقبل القسمة على مسألته ولا يوافقها

---

[1] لأن الزوجة في المسألة الأولى هي الأم في الثانية، فترث من الأول بالزوجية سهم واحد، يُضرب فيها ضرب في المسألة الأولى (١×١٨)=١٨ ونصيبها من الثاني (٣) أسهم يُضرب في نصيب الميّت الثاني (٣×١)=٣، ١٨+٣=٢١ نصيبها من المسألة الجامعة.

فتضرب الثانية في الأولى (٢×٣٩)= ٧٨ (المسألة الجامعة)
فمن له شيء من الأول أخذه مضروبا في نصيب الميّت الثاني من المسألة الأولى، وبناء على ذلك للأم من الأول (٦) ونصيبها من الجامعة (٦×٢)= ١٢.
ولكل بنت من الأولى (٨) ونصيبها من الجامعة (٨×٢)= ١٦.
ولكل ابن من الثانية سهم فنصيبه من الجامعة (١×٩)= ٩.
المسألة الثالثة:

الورثة: أخ لأب أخت لأب أصل المسألة(٣)

للذكر مثل حظ الأنثيين
بما أن نصيب الميّت الثالث من المسألة الجامعة (١٢) تنقسم على مسألتها (٣) للأخ (٨) وللأخت (٤)، فقد صحت المسائل الثلاث مما صحت منه الأوليان، وبناء على ذلك يُكتفى بالمسألة الجامعة لتوزيع التركة على ورثة الأموات الثلاثة.
وهكذا إذا تُوفي رابع تُعتبر المسائل الموحدة السابقة المسألة الأولى وتُعد مسألة الميّت الرابع المسألة الثانية وتُطبق القواعد التي ذكرناها في تقسيم التركة على الورثة.

ـ١٤٠ـ

قاعدة

(الميسور لا يسقط بالمعسور)[1]

أي إن المـأمور بـه إذا لم يتيسـر فعلـه علـى الوجـه المطلوب، بل تيسر فعـل بعضـه، لا يسـقط بالمعسـور، أي بعدم القدرة على فعل الكل، فيجب البعض المقدور عليه.

وهذه القاعدة مستنبطة مـن قـول الرسـولﷺ ((وَإِذَا أَمَرْتُكُمْ بِأَمْرٍ فَأْتُوا مِنْهُ مَا اسْتَطَعْتُمْ)).[2]

ومن تطبيقاتها:

١- من قدر على غسل بعض أعضـاء الوضـوء، كـأن قُطـع بعض الفرض من اليدين أو الرجلين، فإنه يجب غســل مـا بقي منه.

٢- من ملك نصاباً،[3] بعضه عنده وبعضه غائـب، فالأصـح أنه يخرج الزكاة عما في يده في الحال.

---

[1] القواعد الفقهية للشيخ عبدالله، ص٨٢

[2] رواه الشيخان، البخاري ومسلم.

[3] نصاب الزكاة.

(حرف النون)

—١٤١—

قاعدة
(النبيذ حرام قياساً على الخمر)

الصواب:

(النبيذ حرام كأي مُسكر آخر بنص القرآن)

وهذه القاعدة فيها خطأ من وجهين:

أحدهما هو أن لفظ (الخمر) في القرآن ورد بالمعنى اللغوي الشامل لكل مسكر بغض النظر عن مواده الأولية، كما في قوله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا﴾،[1] لأن لفظ الخمر في هذه الآية الكريمة مأخوذ من (خمّرت المرآة رأسها) أي غطته بالخُمار، ومن الواضح أن الخمر يُغطي العقل ويجعله مشلولاً، فبدلاً من أن يُفكر في تقديم عمل خير لأسرته أو لمجتمعه، ينشغل بأهوائه وشهواته وإشباع رغبات النفس بما هو شرّ على الفرد والمجتمع، ولذا سُمي الخمر بأم الخبائث.

والثاني أن تعاطي المسكرات يُعد من جرائم الحدود، ومن ميزات وخصائص هذه الجرائم أنها تثبت بالنصوص من حيث التجريم ومن حيث العقوبة، شأنها شأن القوانين الوضعية الجنائية التي أقرت بالإجماع قاعدة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بالنص). وبناءً على ذلك فإن إثبات تجريم الخمر بالقياس خطأ مخالف لنص القرآن الكريم، لأنه لا مجال للقياس في مورد النص.

---

١ سورة البقرة/ ٢١٩

-١٤٢-

قاعدة
(النسب المنطقية بين المصطلحات أربع)

أجمع علماء المنطق[1] على أن كل كلي من المصطلحات العلمية وغيرها إذا قورن بكلي آخر وأجريت الموازنة بينهما من حيث المفهوم أو التحقق والانتفاء. تكون النسبة المنطقية بينهما لا تخلو من إحدى الأربع الآتية: المساواة، والتباين، والعموم والخصوص المطلق، والعموم والخصوص من وجه.

وجه الحصر: هو أن الكليين المتقارنين إما أن يصدقا على شيء واحد أو لا، والثاني هو التباين والأول إما أن يكون التصادق من الجانبين كليا أو كليا من جانب وجزئيا من جانب آخر، أو يكون جزئيا من الجانبين، فالأول مساواة والثاني عموم وخصوص مطلق، والثالث عموم وخصوص من وجه، وهذه النسب الأربع هي الآتية:

١. **المساواة:** المساواة بين مصطلحين قانونيين – مثلا- هي عبارة عن التصادق الكلي بينهما أي اتحادهما في الأفراد، بأن يشمل مفهوم كل منهما على جميع ما يشمله المفهوم الآخر من الأفراد.

* ونقيض المتساويين المتساويان أيضا.

ومن تطبيقات المساواة في المصطلحات الفقهية والقانونية ما يأتي:

أ. العقد الموقوف والعقد غير النافذ، فكل عقد موقوف عقد غير نافذ وبالعكس، لأن مفهوم كل واحد منهما هو العقد الذي ينعقد صحيحا ولكن لا تترتب عليه آثاره من الحقوق والالتزامات إلا بعد إجازة من له حق الإجازة، كعقد معاوضة يكون أحد طرفيه ناقص الأهلية بأن دخل سن التمييز ولم يدخل بعد سن الرشد فهذا العقد

---

[1] رسالة الشمسية وشرحها، ص٥٠ وما بعدها، وتهذيب المنطق بشرح الخبيصي، ص١٧، والبرهان للكلنبوي، ص٥١ وما بعدها.

ينعقد صحيحا عند جمهور فقهاء الشريعة – خلافا للشافعية[1] والظاهرية[2]- ولكن لا تترتب عليه الحقوق والالتزامات إلا بعد إجازة الولي.

وجدير بالذكر أن العقد يكون موقوفا لأسباب كثيرة منها: عدم ولاية العاقد على نوع التصرف كالمثال المذكور، أو على محل العقد كعقد الفضولي فهو موقوف في فقه أبي حنيفة[3] وفقه الإمام مالك[4]، وبه أخذت القوانين المتأثرة بهذين الفقهين كالمدني العراقي (م١٣٥) واليمني (م١٧٢) والأردني (م١٧١)، ولا تترتب على عقد الفضولي (وهو بيع مال الغير بدون نيابة اتفاقية أو قانونية أو قضائية) الآثار إلا بعد إجازة المالك، وكذلك كل عقد موقوف في الفقه الإسلامي إذا تعلق به حق للغير ككون محله مرهونا أو مستأجرا أو تركة مدينة، فبيع المرهون موقوف على إجازة الدائن المرتهن وبيع العين المؤجرة موقوف على إجازة المستأجر أو انتهاء عقد الإجارة، خلافا للقانون حيث يعتبر العقدان نافذين ولكن للدائن المرتهن حق التتبع فله أن ينفذ على المرهون في أي يد كان، وبيع الورثة للتركة المدينة موقوف على إجازة الدائن أو تسديد الدين، وهذا هو معنى (لا تركة إلا بعد سداد الدين) أي لا نفاذ للتصرف في التركة المدينة إلا بعد تسديد الدين أو إجازة الدائن.

ب. العقد القابل للإبطال والعقد النافذ غير اللازم وهما متساويان، لأن مفهومهما هو: كل عقد صحيح نافذ يكون للطرف الذي تقرر البطلان (عدم اللزوم) لمصلحته فسخه. والقابل للإبطال مصطلح الفقه الغربي والقوانين المتأثرة به كتصرف الفضولي في المدني المصري (م٤٦٥)، والسوري (م٤٣٣) والليبي (م٤٥٤)، وكبيع ناقص الأهلية المصري (م١١٩)، وكالعقد المشوب بعيب من عيوب الإرادة من الإكراه والتدليس والغلط المصري (م١٢٠-١٢٧)، والسوري (م١٢١-١٢٨)، والليبي (م١٢٠-١٢٧). فهذه العقود قابلة للإبطال (نافذة غير لازمة) في القوانين المذكورة، وموقوفة في القانون العراقي المواد (٩٧، ١٣٤، ١٣٥، ١٣٦)، وجدير بالذكر أن العقود المشوبة

---

[1] الأنوار: ٣٠٦/١.

[2] المحلى: ٣٢٣/٨.

[3] الاختيار لتعليل المختار: ١٧/٢.

[4] بداية المجتهد لابن رشد: ١٤٣/٢.

بعيب من عيوب الإرادة نافذة غير لازمة في الفقه الإسلامي كما في الفقه الغربي غير أن المشرع العراقي انفرد باعتبارها من العقود الموقوفة إذا اقترن التدليس (التغرير) بالغبن الفاحش، فلم يأخذ لا بالفقه الإسلامي ولا بالفقه الغربي.

ج. العقد الباطل والعقد الفاسد مترادفان ومتساويان عند جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية خلافا للحنفية، فكل باطل فاسد وكذلك العكس، لأن مفهومهما هو كل عقد تخلف ركن من أركانه أو شرط من شروط صحته.

د. الجريمة والجناية و هما مترادفتان في الفقه الإسلامي خلافا لبعض القوانين التي اعتبرت الجناية أخص مطلقا من الجريمة كما في قانون العقوبات العراقي[1]، لأن مفهوم كلتيهما في الفقه الإسلامي واحد وهو كل ما هو محظور ومعاقب عليه.

ونقيض متساويين متساويان أيضا، وعلى سبيل المثل كل ما ليس بموقوف ليس بغير نافذ وكذلك العكس، وكل ما ليس بقابل للإبطال ليس بغير لازم وكذلك العكس وكل عقد ليس باطلا ليس فاسدا وكذلك العكس، وكل ما ليس جريمة ليس جناية في الفقه الإسلامي وكذا العكس.

٢. **التباين**: التباين بين كل مصطلحين هو أن لا يصدق كل منهما على ما يصدق عليه الآخر، فكل ما يشمله أحدهما لا يشمله الآخر، وكذلك العكس، ومن تطبيقات التباين في المصطلحات الفقهية والقانونية:

أ. المجرم والبريء، فالأول هو كل من ارتكب فعلا جرميا بخلاف الثاني.

ب. الصدق والكذب، فالأول مطابقة الخبر للواقع والثاني مخالفته له.

ج. الباطل والفاسد عند الحنفية[2]، فالأول ما هو غير مشروع بأصله ووصفه، والثاني ما هو مشروع بأصله وغير مشروع بوصفه، ورتبوا على هذا الفرق مسائل فقهية منها: الدخول في الزواج الباطل يعد جريمة الزنى، ولا يترتب عليه أي أثر شرعي، بخلاف الدخول في الزواج الفاسد فإنه تترتب عليه الآثار الشرعية الآتية:

١- إذا تكوّن من هذا الدخول جنين يكون نسبه شرعيا، له ما للولد الشرعي من الحقوق وعليه ما عليه من الإلتزامات تجاه الأبوين.

---

[1] المواد (٢٣-٢٧).

[2] تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي (عثمان بن علي): ٧٣/٤.

٢- يجب للمدخول بها مهر المثل إذا لم يسم المهر، وإذا سمي فله الأقل منه ومن مهر المثل، وبه أخذ المشرع العراقي (م٢٢) من قانون الأحوال الشخصية ووجوب هذا المهر رغم فساد الزواج ووجوب التفرقة بين الزوجين مبني على أساس التعويض المعنوي تعويضا عن الضرر الأدبي (المعنوي).

٣- تجب على المدخول بها العدة من تأريخ الفرقة بينهما.

٤- لا يخضع الداخل بها لحكم قوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ..﴾[1]، لإقتران الدخول بشبهة الحل بسبب وجود عقد الزواج رغم فساده.

٥- تثبت به المصاهرة، فيحرم على الداخل أصول وفروع المدخول بها وعلى المدخول بها أصول وفروع الداخل.

د. عديم الأهلية وكامل الأهلية: ويترتب على تباينهما مسائل فقهية منها: أن تصرفات الأول باطلة وأنه لا يسأل جنائيا بخلاف كامل الأهلية.

هـ. التصرف القانوني والواقعة القانونية.

*والنسبة بين نقيضي المتباينين تباينا كليا تباين جزئي، أي عموم وخصوص من وجه يجتمعان في بعض المفردات ويفترقان في مفردات أخرى.

وعلى سبيل المثال اللاباطل واللافاسد يجتمعان في العقد الصحيح ويتحقق اللاباطل بدون اللافاسد في العقد الفاسد، كما يتحقق اللافاسد بدون اللاباطل في العقد الباطل عند من يقول بتباينهما.

٣. **العموم والخصوص المطلق**: إذا اشتمل مصطلحان فقهيان أو قانونيان فعلا على بعض المفردات فإذا كان شمول أحدهما كليا وشمول الآخر جزئيا فالأول أعم مطلقا والثاني أخص ومعيار التمييز أن الأخص المطلق لا يتحقق بدون الأعم المطلق بخلاف الأعم فإنه كما يجتمع مع الأخص قد يجتمع مع غيره أيضا ومن تطبيقاتهما ما يأتي:

أ. التصرف القانوني والعقد، فالأول أعم مطلقا يجتمع مع العقد وبدونه كما في الإرادة المنفردة، لكن من المستحيل أن يكون هناك عقد صحيح لا يكون تصرفا قانونيا.

---

[1] سورة النور، الآية: ٢.

ب. الجريمة والقتل العمد العدوان، فالجريمة أعم مطلقا لأنها تجتمع مع القتل وتفترق عنه في جريمة أخرى، والقتل العمد العدوان أخص مطلقا لأنه لا يتحقق بدون الوصف الجرمي.

ج. الطلاق والخلع، فالأول أعم مطلقا والثاني أخص مطلقا، فكل خلع طلاق عند جمهور فقهاء الشريعة دون العكس، لأنه طلاق مقابل عوض تلتزم الزوجة أو من ينوب عنهما بدفعه للزوج مقابل الطلاق، وقد تكون الفرقة بين الزوجين طلاقا وليست بخلع كما في الطلاق بلا عوض.

٤. **العموم والخصوص من وجه**: هذا القسم من النسب الأربع تطبيقاته كثيرة بحسب التحقق، وقليلة بحسب المفهوم، ومن أمثلته:

المال والحق الشخصي: (المال) ما له قيمة مادية، و(الحق الشخصي) هو الذي يكون بذمة الغير سواء كان ماليا أو غير مالي.

(والحق العيني) سلطة مباشرة لشخص معين على شيء معين تخوله صلاحية التصرف فيه واستعماله والانتفاع به وحيازته، فيصدق على هذا الحق المالي دون الحق الشخصي، كما أن الحق الشخصي يتحقق بدون المال في الولاية والوصاية والرضاعة والحقوق الزوجية غير المالية ونحو ذلك.

فكل منهما من حيث أنه شامل عام ومن حيث أنه مشمول خاص.

*والنسبة بين نقيضيهما العموم والخصوص من وجه أيضا[1] [2].

---

[1] تهذيب المنطق، المرجع السابق ص ١٨.

[2] يُنظر مؤلفنا (المنطق القانوني في التصورات) ص٨٨ ومايليها.

-١٤٣-

قاعدة

(نسخ القرآن بالقرآن يستلزم إمّا الجهل أو العجز أو العبث او الضعف أو تغير المصلحة، والله منزه عن الكل)

وحكمة النسخ على تقدير وجودها، لا تخلو من إحدى الفرضيات الآتية:

أ- لم يعلم سبحانه وتعالى حين تشريع الحكم الأول الملغى أن الحكم الجديد البديل الناسخ أصلح. وهذا يستلزم نسبة الجهل إلى الله تعالى واللازم باطل بإتفاق العقلاء، وكذلك الملزوم.

ب- أو كان يعلم ذلك ولكن كان عاجزاً آنذاك عن الإتيان بهذا البديل وهذا يستلزم نسبة العجز إلى الله واللازم باطل بلا خلاف وكذلك الملزوم.

ج- أو كان يعلم أن الناسخ أصلح للبقاء من المنسوخ وكان قادراً عليه ورغم ذلك فضل النسخ على الإتيان بالاصلح حين التشريع وهذا مرفوض أيضاً بإتفاق العقلاء لأنه من باب العبث والسفه والله سبحانه منزهٌ عنهما.

د- أو كان مركز المسلمين في البداية ضعيفاً لذا سمح القرآن في التعامل مع غير المسلمين بصوره تدريجية والتساهل معهم وفضل الاقناع بالحكمة والموعظة الحسنة على إستخدام العنف والقوة ، ولما تقوى مركزهم وتمكنوا من استخدام القوة تبدلت الرسالة المحمدية من أسلوب الطريقة السلمية إلى أسلوب القوة ، وإستخدام طريقة العنف ، وهذا ما زعمه المستشرقون فيما كتبوا عن الاسلام والمسلمين في تعاملهم مع غير المسلمين وهذا الزعم باطل لأن الطرف الداعي الى الصواب هو الله ولم يكن المسليمن ولا يتصور بالنسبة الى الله الضعف.

هـ- أن أحكام القرآن تغيرت بتغير المصالح البشرية فالمصلحة التي كانت تقتضي الحكم المنسوخ تغيرت وتبدلت بمصلحة جديدة إقتضت تغيير الحكم (المنسوخ) والإتيان بالحكم الجديد (الناسخ).

هذه الفرضية لو سلمنا بها لَلَزِم القول بتعطيل العمل بـالقرآن اليـوم وفي المـستقبل لإن القول بنسخ أكثر من (٢٥٠) آية قرآنية كما يقول بعض أنصارالنسخ خلال ثلاث وعشرين سنة من عمر الوحي على أساس تَغَـير المصـالح في بيئـة متخلفـة كـالجزيرة العربية يستلزم عدم وجوب العمل بالقرآن بعد أن تغـيرت المصـالح البشـرية في هـذا العصر أكثر من مئةِ مرة بالنسبة لعمر الوحي،

وهذا الزعم باطل بداهةً لإن القرآن إقتصر على الكليـات الـتي لا تتـأثر بالازمنـة والأمكنة وكلف العقل البشري بإرجاع الجزئيات المتأثرة بالمتغيُرات الزمانية والمكانية الى تلك الكليات.

فبقاء الرسالة المحمَدية ومدى شـمولتيها وإحاطتها بكـل مـا يحـدث في المسـتقبل مبنيان على أساس حصر القرآن في الكليـات غالبـاً، وإرجـاع الجزئيـات المـتغيرات والمستحدثات في المستقبل الى تلك الكليات.[1]

[1] لمزيد من التفصيل يراجع مؤلفنا (التبيان لرفع غموض النسخ في القرآن) ص١٤-١٥.

(حرف الهاء)

-١٤٤-

قاعدة
(هل تقييد المطلق بيان أو تأويل أو نسخ؟)

اختلف علماء الأصول في تكييف التقييد، فمنهم من قال هو نسخ، ومنهم من ذهب إلى أنه تأويل، ومنهم من يرى أنه بيان للمراد من المطلق، كالآتي:

أ- قال الحنفية والشافعية (إذا تأخر المقيّد عن العمل بالمطلق يكون ناسخاً)، بل ذهب الحنفية إلى ابعد من ذلك فقالوا: (إذا تأخر زمن تشريعه يكون ناسخاً للإطلاق وان لم يعمل به قبل النسخ).

ب- قال المالكية: (التقييد تأويل[1]، والتأويل هو العدول من المعنى الراجح إلى المعنى المرجوح لدليل في لفظ يحتمل معنيين يكون راجحاً في أحدهما ومرجوحاً في الآخر).

جـ- وقال جمهور الأصوليين (التقييد بيان للمعنى المراد من المطلق كما أن التخصيص بيان للعام، فالشارع إذا لم يرد بالمطلق إطلاقه يذكره في مجال آخر مقيّداً إشعاراً بأن المراد من المطلق هو المقيد أيضاً).

وترتب على هذا الاختلاف الأصولي اختلاف الفقهاء في أحكام فقهية فرعية كثيرة، منها الاختلاف في حكم الطمأنينة، هل هي فرض من فروض الصلاة أو هي من سننها؟.

وقال أبو حنيفة وصاحبه محمد -ووافقهما الإمام مالك والأوزاعي- الركوع والسجود من الألفاظ الخاصة الدالة على المعنى دلالة قطعية، فالأول موضوع للميل من الاستواء وهذا يتأتى بالانحناء، والثاني موضوع لوضع الجبهة أو الرأس على الأرض، ولو كانت فرضاً للزم نسخ القرآن -وهو دليل قطعي- بحديث الآحاد -وهو دليل ظني- واللازم باطل فكذلك الملزوم.

---

[1] قال التلمساني المالكي، مفتاح الوصول في علم الأصول، ص ١٠٧ (التأويل الثامن التقييد). قارن أصول السرخسي ١٢٨/١ وما بعدها.

دليل الملازمة أن المطلق والمقيّد متعارضان فيرفع التعارض بنسخ الثاني لإطلاق الأول.

ودليل البطلان أن الناسخ يجب أن يكون أقوى من المنسوخ أو مساوياً له في الثبوت والقوة الإلزامية. فنسخ القرآن بحديث الآحاد يؤدي إما إلى رفع درجة حديث الآحاد إلى مرتبة القرآن، أو إنزال مرتبة القرآن إلى درجة حديث الآحاد وكلاهما باطل والمستلزم للباطل باطل.

والراجح في رأينا المتواضع

أن تقييد النص الخاص المطلق في القرآن بزيادة في حديث الآحاد بيان وليس نسخاً ولا تأويلاً للأسباب الآتية:

١- النسخ إلغاء وحي سابق بوحي لاحق وهذا لا ينطبق على الزيادة على النص الخاص.

٢- الزيادة تجمع مع المزيد عليه وتقترن به، في حين ان الناسخ والمنسوخ لا يجتمعان ولا يقترنان.

٣- محل حكم الناسخ والمنسوخ يجب ان يكون واحداً، وهذا لا يتحقق في الزيادة على النص الخاص المطلق وتقييده بها.

٤- الركوع والسجود في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا ارْكَعُوا وَاسْجُدُوا وَاعْبُدُوا رَبَّكُمْ وَافْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾[1] ، لم يقصد بهما معناهما اللغوي وإنما أراد الله بهما معناهما الشرعي وهو الميلان من الاستواء مع الطمأنينة، ووضع الجبهة على الأرض مع الطمأنينة، وبذلك أصبحا من المجمل فبيّنهما الرسولﷺ [2].

---

[1] سورة الحج ٧٧.

[2] عن أبي هريرة ﷺ أن رسول اللّه ﷺ دخل المسجد فدخل رجل فصلى، ثم جاء فسلم على النبي ﷺ فقال: (ارجع فصل فانك لم تصل، فرجع فصلى كما صلى، ثم جاء فسلم على النبي ﷺ فقال ارجع فصلِ فانك لم تصل، فرجع فصلى كما صلى، ثم جاء فسلم على النبي ﷺ فقال ارجع فصل فانك لم تصل، فقال والذي بعثك بالحق ما أحسن غيره، فعلمني، فقال إذا قمت إلى الصلاة فكبر ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن ثم اركع حتى تطمئن راكعاً، ثم ارفع حتى تعتدل قائماً، ثم اسجد حتى تطمئن ساجداً، ثم ارفع حتى تطمئن جالساً، ثم اسجد حتى تطمئن ساجداً، ثم افعل ذلك في الصلاة كلها). متفق عليه، نيل الأوطار ٢٩٤/٢.

-١٤٥-

قاعدة
(هل يُخص لفظ العام بسببه الخاص إذا كان السبب هو المقتضي له؟)[١]

هذه القاعدة أصولية فقهية ووردت بتعبير آخر وهو: (هل العبرة بعموم اللفظ أو بخصوص السبب؟)، ومضمونها أنه إذا سُئل الرسول ﷺ عن حكم حادثة خاصة، فأجاب بلفظ عام يشمل هذه الحادثة وغيرها، فهل يُعتبر ذلك السبب الخاص تخصيصاً لذلك اللفظ العام، فلا يُعمل به خارج ذلك السبب الخاص؟ أو أن السبب الخاص لا يُخصص ذلك اللفظ العام فيُعمل باللفظ على عمومه في كل حادثة مشابهة؟

المشهور والراجح عن علماء الأصول وفقهاء الفقه الإسلامي أن (العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب)، فيُعمل باللفظ العام على عمومه، ولا يُخصصه السبب الخاص، إلاّ إذا قام دليل على التخصيص وإرادته دون العموم.

ومن تطبيقات هذه القاعدة:

قال الرسول ﷺ لرجل يدعى حبان بن منقذ وكان يخدع في البيوع: (إِذَا بَايَعْتَ فَقُلْتَ لا خِلابَةَ ، ثُمَّ أَنْتَ بِالْخِيَارِ فِي كُلِّ سِلْعَةٍ ابْتَعْتَهَا ثَلاثَ لَيَالٍ ، فَإِنْ رَضِيتَ فَأَمْسِكْ ، وَإِنْ سَخِطْتَ فَارْدُدْ).[٢] وهذا الحديث كما ذكرنا سابقا هو المصدر الأول للقاعدة العامة التي أقرتها التشريعات الوضعية المتأثرة بالفقه الإسلامي كالقانون المدني العراقي النافذ من أن (الغبن الفاحش الناتج من التغرير -التدليس- سبب لعدم لزوم العقد، أو لتوقفه). غير أن بعض الفقهاء أوّلوه بتأويلات بعيدة أدت إلى تضييق نطاق تطبيقه:

---

[١] قواعد ابن الرجب الحنبلي، القاعدة رقم ١٢٤.
[٢] السنن الكبرى للبيهقي، كِتَابُ الْبُيُوعِ، بَابُ إِبَاحَةِ التِّجَارَةِ.

أ ـ فمنهم من قال: أنه خاص بمن يكون ضعيف العقل ـ كالمعتوه ـ بدليل ما روى مع هذا الحديث من أن رجلاً كان يبايع وكان في عقله ضعف فقال له الرسولﷺ ما ورد في الحديث المذكور على أساس أن ضعيف العقل ناقص الأهلية تصرفاته في المعاوضات موقوفة على إجازة وليّه، وهذا التأويل بعيد لأن الحديث يعطي الخيار بين القبول والرد لنفس المتعاقد دون تدخل الولي.

ب ـ ومنهم من أوّله على أنه من باب خيار الشرط بدليل ما ورد في هذا الحديث من قول (إذا بَايَعْتَ فَقُلْتَ لا خِلابَةَ)، وهذا التأويل أيضاً بعيد لأن الخيار مبني على أساس الغبن الفاحش الذي ترتب على التغرير من المتعاقد الآخر سواء وجد هذا الشرط أم لا.

ج ـ ومنهم من أولّه على أنه خاص بمن قيل الحديث بصدده وهو حبان بن منقذ، وهذا أيضاً بعيد لأن القاعدة الأصولية العامة تقضي بأن العبرة بعموم النص لا بخصوص السبب.

-١٤٦-

قاعدة
(هل الفسخ يرفع العقد من أصله أو من حينه)[١]

ووردت هذه القاعدة بتعابير أخرى منها:

أ- البيع الفاسد هل هو نقض له من أصله أو من حينه.[٢]

ب- الفسخ بالعيب والخيار فإنه يستند إلى مقارن للعقد، فهل هو رفع للعقد من أصله أو من حينه، فيه خلاف.[٣]

ج- الفسخ رفع للعقد من حينه لا من أصله.[٤]

ومضمون هذا القاعدة والتعابير المقاربة هو أن العقود المنسوخة التي يجب رفعها وإبطالها، هل يُعتبر ابطالها من وقت عقدها أو من الوقت الذي وجب فيه فسخها.

اختلف الفقهاء في ذلك، ونرى أن الخلاف لا مبرر له، لأن العقد إما فوري التنفيذ كالبيع، فإن الفسخ فيه يكون بالأثر الرجعي، أي من أصله، فيرجع العاقدان إلى ما كانا عليه قبل التعاقد، فعلى كل من العاقدين رد ما استلمه ورد زوائله إن كانت باقية أو بدلها.

وإذا كان العقد مستمر التنفيذ كعقد الإجارة، فإن الفسخ وما يترتب عليه يكون إعتباراً من تأريخ الفسخ، أي: أن الآثار إنما تكون بالنسبة إلى المستقبل لإستحالة رجوع العاقدين إلى ما كانا عليه قبل التعاقد.

وعلى سبيل المثل يكون أثر فسخ عقد الإجارة بالنسبة للمستقبل إعتباراً من تأريخ الفسخ، لأنه لا يمكن استرداد المنفعة التي انتفع بها المستأجر قبل الفسخ.

---

[١] أشباه السيوطي، ص٢٩٢. المنثور في القواعد للزركشي، ٤٨/٢.

[٢] إيضاح المسالك، القاعدة ٩٣.

[٣] المجموع المذهب، لوحة ١٣١.

[٤] المغني ١٦٢/٤.

(حرف الواو)

-١٤٧-

قاعدة

(الواجب لا يُترك إلا لواجب)

وهذا الترك مقيد بما إذا شُرعا في محل واحد، فيتخير بينهما، كستر بعض عورته بيده، يتخير بينه وبين وضع يده حال السجود.

ومن تعابير أخرى لهذه القاعدة:

(الواجب لا يُترك لسنة). وقولهم (ما لابد منه لا يُترك إلا لما لابد منه) وكذلك قول (جواز ما لم يُشرع لم يجُزْ دليل على وجوبه) والقول بأنه (ما كان ممنوعا إذا جاز وجب).

ومن تطبيقات هذه القاعدة:

قطع اليد في السرقة لو لم يجب كان حراما، وكذلك إقامة الحدود على مرتكب جرائم الحدود وأكل الميتة للمضطر.

ـ١٤٨ـ

قاعدة

(الوِلَايَةُ الخَاصَّةُ أَقْوَى مِنْ الوِلَايَةِ العَامَّةِ)[1]

مضمون هذه القاعدة هي أن الولاية الخاصة نفاذ تصرف على الغير ونيابة قانونية (أو شرعية) أو قضائية أو اتفاقية.

الولاية لغة بالفتح النصرة، وبالكسر السلطة والتمكن.[2]

وشرعا نفاذ التصرف على الغير شاء أم أبى، وتكون خاصة وعامة.

أ- **الولاية الخاصة:** هي سلطة شرعية يصوغ لصاحبها التصرف بالشيء (محل الولاية) تصرفا نافذا.[3]

والولاية إما على النفس كولاية الزواج، أو على المال كولاية الأب على مال ولده القاصر حيث له حق التصرف في مال القاصر وهو مصلحة خاصة.

والولاية الخاصة كولاية الأب ثم الجد وإن علا على التصرف في مال القاصر، إذا كان من مصلحته، وكولاية متولي الوقف في مال الوقف وولاية الوصي في مال الغائب، فإنه يلي بيع غير العقار من التركة.

وهي نيابة قانونية (أو شرعية) أو قضائية أو اتفاقية.

وللولاية تطبيقات منها:

١. **الولاية القانونية (أو الشرعية)** وهي ولاية الأب ثم الجد على الأولاد القاصرين، وتثبت دون حاجة إلى عقد أو حكم قضائي، مادام الأب أو الجد متمتعا بالأهلية الكاملة. وللولي القانوني أو الشرعي أن يتجر بمال القاصر إذا كان فيه مصلحة القاصر.

---

١ مجلة الأحكام العدلية، م٥٩

٢ مختار الصحاح، مادة (و.ل.ي)

٣ المدخل الفقهي للحجي الكوردي، ص٨٦- ٨٧

٢. **الوصي:** هو من أقيم مقام الأب للنظر والإشراف في شؤون القاصرين وأمـور التركـة وتنفيذ الوصايا.

والوصي المختار هو الوصي الـذي يختـاره الأب قبـل وفاتـه للإشـراف علـى تنفيـذ وصاياه، ورعاية أولاده القاصرين، والحمل المستكن.

٣. **القيّم:** هو الشخص الذي تعينه المحكمة ليتولى شؤون من يُحجر عليـه بعـد بلوغـه لجنونٍ أو عتهٍ أو غفلةٍ أو سفهٍ.

والقوامة تكون للإبن البالغ ثم للأب ثم للجد ثم لمن تختاره المحكمة من غير هـؤلاء. وسلطة القيّم كسلطة الوصي، فيباشر أعمال الإغتناء بالنيابة عن المحجور عليه.

٤. **المشرف:** شخص تُعَينه المحكمة إلى جانب الوصي، وتنتهي سلطة المشرف كما تنتهـي سلطة الوصي بموته أو فقد أهليته أو ثبوت غيبته أو عزله، وتُقرر المحكمـة إنتهـاء الإشراف إذا زالت دواعيـه.[1]

ب- **الولاية العامة:** وهي ولاية السلطة والقاضي والمـوظفين العـامين نيابـة عـن الشـعب، كولاية القاضي في التفريق بين الزوجين إذا كان له مبرر شرعي وقـانوني، لأن واجـب القاضي هو رفع الظلم والضرر، فمن هجر زوجته بالإيلاء بأن حلف أنـه لا يُعاشـرها مطلقاً أو مدة أكثر من أربعة أشهر، فإذا مضت هذه المدة، فالقاضي يُجبر الزوج إما على الرجوع إلى المعاشرة الزوجية أو التطليق، فإذا أبى كل واحد منهمـا، يحـلّ محلـه القاضي فيُفرق بينهما ويُعتبر التفريق طلاقاً، والراجح أن الطلاق يُكيّف بأنـه رجعـي لإعطاء المجال للزوج بإرجاع زوجته بدون عقـد جديـد واسـتئناف معاشـرتها قبـل انتهاء عدتها.

وجدير بالذكر أن فقهاء المالكية لا يشترطون الحلف في الإيلاء، لأن ترك المعاشرة أكثر من أربعه أشهر ظلم، سواء حلف الزوج أو لم يحلف، فيجب على القاضـي رفـع هـذا الظلـم عـن الزوجة بصفته ذا ولاية عامة.[2]

ولولي الدم أن يعفو عن القاتل المتعمد، فيسقط القصاص بذلك، ولـيس للقاضـي هـذا الحق. ومن الإستثناءات عن هذه القاعدة الإقراض من مال القاصر، فللقاضي هـذه السـلطة دون الوصي، لأن للقاضي تحصيل الدين بمقتضى سلطته بخلاف الوصي.

---

١ يُنظر (أصول الإلتزامات) للدكتور سليمان المرقس، ص١٦٧ وما يليها.

٢ شرح الزرقاني على الموطأ للإمام مالك ١/٣٨٦، بداية المجتهد لإبن رشد ٢/٤٧٣

-١٤٩-

قاعدة
(الولد يتبع خير الأبوين دينا)

الصواب:
(الولد يتبع خير الأبوين إسلاماً)

هذه القاعدة أخطأ فيها فقهاء الإسلام بدون استثناء من حيث التعبير، لكن اختلفوا من حيث آثارها، كما بيّنا تفصيل ذلك في مؤلفنا (القرآن وقاعدة الولد يتبع خير الأبوين دينا)، فليراجَع هذا المؤلف للاطلاع على المزيد.

ومنشأ الخطأ فيها هو الخلط بين الدين المرادف للإيمان وبين الإسلام الأعم منه. وإيضاح ذلك هو انه يجب تعديل هذه القاعدة بالآتي:

(الولد يتبع خير الأبوين إسلاما) بدلا من (دينا)، وذلك في حالة إسلام أحد الأبوين غير المسلمين واعتبار أولادهما القاصرين مؤمنين تبعا لخير أبويه، وهو الطرف الذي اعتنق الإسلام.

وهذه التبعية تبقى مستمرة إلى دخول الأولاد القاصرين سن البلوغ، وبعد البلوغ والرشد إذا استمروا على دين خير الأبوين فهو خير، ومن رجع منهم إلى دينه الأصلي يُقتل عند أكثر فقهاء الإسلام حداً، لأنه مرتدّ، فقالوا يُجبر الأولاد على استمرارهم على الدين التبعي، فإذا أبوا ذلك يجب قتلهم على أساس أنهم من المرتدين.

وهذا الظن من هؤلاء الفقهاء خطأ ١٠٠٪ ومخالف لنصوص القرآن القطعية في دلالتها على عدم جواز إجبارهم على الدين التبعي، أو قتلهم إذا أبوا، ومن تلك النصوص القرآنية قوله تعالى: ﴿لاَ إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الغَيِّ﴾[1]. فلفظ (إكراه) نكرة واقع في حيّز النفي يُفيد العموم، أي لا يُكره أي إنسان على الدين، سواء كان غير مسلم في الأصل أو كان معتنقاً الإسلام ثم تراجع عنه بقول أو فعل. وكذلك قوله تعالى مخاطبا نبيه ﷺ:

---

١ سورة البقرة/ ٢٥٦

﴿أَفَأَنْتَ تُكْرِهُ النَّاسَ حَتَّى يَكُونُوا مُؤْمِنِينَ﴾[1]. والاستفهام الإنكاري في هذه الآية أقوى من النهي.

ولم يرد في القرآن قتل المرتد غير المفسد مطلقا، وإنما ورد إحباط الأعمال الصالحة لمن يرتدد عن دينه ويمت وهو كافر، كما قال تعالى: ﴿وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالآخِرَةِ... الآية﴾[2]. وأما ما صدر عن الرسول ﷺ من قوله: (من بدّل دينه فأقتلوه) [3]، إن صحّ هذا الحديث، فإنه قاله لظرف معين وهو أن بعضاً من المشركين اعتنقوا الإسلام واطلعوا على أسرار المسلمين ثم ارتدوا والتحقوا بالمشركين وزوّدوهم بتلك الأسرار الخطيرة للمسلمين آنذاك.

وبناءً على ذلك يكون مضمون الحديث الشريف، أن كل من ارتد ووقف ضد الإسلام بقوله أو عمله أو قلمه، فأقتلوه سياسياً لا حداً، أما من ارتد بينه وبين ربه واتخذ زاوية منعزلة عن الإضرار بالغير، فلا يجوز قتله، لأنه مخالف للقرآن الكريم.

وإذا سلمنا أن الحديث المذكور ورد مطلقا ويجب أن يُطبق مطلقا، فيكون ذلك مُخالفا للقاعدة الأصولية المجمع عليها وهي أنه (إذا تعارض القرآن مع السنة النبوية، فيجب العمل بالقرآن دون السنة، لأنه أقوى منها ولو كانت متواترة). والدليلان المتعارضان حين الترجيح يُقدم الأقوى منهما.

وبناءً على ما ذكرنا كان على علماء الإسلام من الفقهاء وغيرهم أن ينقلوا القاعدة المذكورة بالتعبير الآتي: (الولد يتبع خير الأبوين إسلاماً) وذلك للأدلة النقلية والعقلية الآتية:

أ- فمن الأدلة النقلية قوله تعالى: ﴿قَالَتِ الأَعْرَابُ آمَنَّا قُلْ لَمْ تُؤْمِنُوا وَلَكِنْ قُولُوا أَسْلَمْنَا وَلَمَّا يَدْخُلِ الإِيمَانُ فِي قُلُوبِكُمْ وَإِنْ تُطِيعُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ لاَ يَلِتْكُمْ مِنْ أَعْمَالِكُمْ شَيْئًا إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ، إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ الَّذِينَ آمَنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ ثُمَّ لَمْ يَرْتَابُوا وَجَاهَدُوا بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ أُوْلَئِكَ هُمُ الصَّادِقُونَ﴾[4]. وبناءً على ذلك تكون النسبة بين الإيمان (الدين) والإسلام، العموم والخصوص المطلق، فكل مؤمن

---

١ سورة يونس/ ٩٩

٢ سورة البقرة/ ٢١٧

٣ رواه البخاري وأبوداود.

٤ سورة الحجرات/ ١٤-١٥

مسلم دون العكس الكلي، فالإسلام يتحقق بدون الإيمان في إحدى الحالتين:

إحداهما في حالة النفاق، بأن يتستر المنافق بالدين والإيمان ويتظاهر بالإسلام لحماية مصالحه الشخصية، كما هو ديدن الإنسان المنافق.

والثانية كون الولد قاصرا لصغر أو جنون الذي يُعد مسلما تبعاً لأبويه المسلمين أو لخيرهما ممن اعتنق الإسلام، لأن الإيمان المرادف للدين معناه الشرعي والحقيقي هو الاعتقاد الجازم الثابت المطابق للواقع بذات الله وبما يتفرع عنه من الإيمان بسائر المغيبات، وهذا الإيمان هو واجب عقلي قبل أن يكون واجبا شرعيا، على كل إنسان أن يكتسبه بعد دخوله سن الرشد، وذلك عن طريق البرهان اللمّي، أي الاستدلال بالأثر على وجود المؤثر، أي بالمخلوق على وجود خالقه.

ومن البدهي أن القاصر لجنون أو صغر لا يستطيع أن يكتسب هذا الدين أو الإيمان قبل بلوغه سن الرشد، لعدم قدرته على اكتساب هذا الدين أو الإيمان في تلك المرحلة من العمر، وبوجه خاص الأولاد القاصرون التابعون لخير الأبوين دينا، يعيشون غالبا في كنف الطرف الذي لم يعتنق الإسلام، فكيف يُعتبرون مؤمنين إيمانا مرادفا للدين.

ثم كيف يُعتبر مرتداً من لم يكتسب الدين بعدُ، لأن الإرتداد لا يكون إلا بعد الدين، كما قال تعالى: ﴿وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُوْلَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالآخِرَةِ... الآية﴾[1]. ولم يقل (ومن يرتدد عن إسلامه).

وبناءً على ذلك أوصي بتعديل القاعدة كالآتي: (الولد يتبع خير الأبوين إسلاما).

---

١ سورة البقرة/ ٢١٧

(حرف الياء)

ـ ١٥٠ ـ

قاعدة

(يُجمع بين عام وخاص متعارضين بتطبيق العام على ما عدا أفراد الخاص)

العام في اللغة بمعنى الشامل، يُقال مطرٌ عامٌ أي شاملٌ.

وفي اصطلاح الأصوليين عُرِّف بتعريفات مختلفة، كلها تدل على مضمون واحد وهو أن العام ما يستغرق الصالح له[1] دفعة واحدة ما لم يقم دليل على خلاف ذلك.

أنواع العام:

ينقسم العام من حيث مصدر دلالته على العموم إلى لغوي وعرفي وعقلي.

١- العام اللغوي:

لفظ وضع لمعنى (قدر) مشترك، بينما يندرج تحته من الأنواع إن كان جنساً، والأصناف إن كان نوعاً، والأفراد إن كان صنفاً، والأجزاء إن كان كُلاً.

ومن أمثلة هذا النوع: كلٌ، وجميعٌ، وكافةٌ، وعامةٌ، وقاطبةٌ، ومعشرٌ، ومعاشر، والرجال، والنساء، والأموال، والأزمنة، والأمكنة، والمجرمون، ونحو ذلك من الألفاظ التي حين وضعها أهل اللغة العربية راعوا فيه الدلالة على العموم والشمول لكل ما يندرج تحتها، كأسماء الشرط مثل لفظ (من) في قوله تعالى: ﴿مَن يَعْمَلْ سُوءاً يُجْزَ بِهِ﴾[2]، والموصولات مثل لفظ (ما) في قوله تعالى: ﴿وَاللَّهُ خَلَقَكُمْ وَمَا تَعْمَلُونَ﴾[3].

---

[1] أي ما يندرج تحته

[2] النساء:١٢٣

[3] الصافات:٩٦

٢- العام العرفي:

وهو لفظ نقله أهل العرف الشرعي أو القانوني أو غيرهما من معناه اللغوي، واستعمله في معنى أعم منه، كلفظ (أكل) في قوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْماً إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَاراً وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيراً﴾[1]، وقوله تعالى: ﴿وَلاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾[2]، وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[3]. فلفظ (أكل) ومشتقاته في اللغة معروف، لكن نقله أهل العرف إلى معنى أعم وهو كل استعمال وإتلاف أو استهلاك لمال الغير وحقه وكل تجاوز عليه بدون مبرر شرعي.

٣- العام العقلي:

وهو دوران الحكم مع علته وجودا وعدما، فإذا تحققت العلة يتحقق الحكم، وإذا انتفت انتفى، ومن صيغه لفظ (أف) في قوله تعالى: ﴿فَلاَ تَقُل لَّهُمَا أُفٍّ وَلاَ تَنْهَرْهُمَا وَقُل لَّهُمَا قَوْلاً كَرِيماً﴾[4]، ومعنى هذا اللفظ لغةً التضجر والاستثقال، ولكن في الاصطلاح الشرعي استعمله القرآن بمعنى كل تصرف قولي أو فعلي من الولد يؤذي قلب والديه ويُعد تجاوزاً منه حدود الاحترام والتكريم لهما.

وجدير بالذكر أن كل ما يجري فيه القياس فهو من العموم العقلي.

غير أن أكثر علماء أصول الفقه حصروا العام في العموم اللغوي، فقالوا في تعريفه: لفظ يستغرق الصالح له، كما قال الإمام فخرالدين الرازي في المحصول[5]: "العام هو اللفظ المستغرق لجميع ما يصلح له بحسب وضع واحد".

وقال الشاشي[6]: العام كل لفظ ينتظم جمعاً من الأفراد، إما لفظا كقولنا مسلمون، وإما معنى كقولنا من وما.

وقال ابن السبكي:[7] "العام لفظ يستغرق الصالح له".

---

[1] النساء:١٠
[2] البقرة:١٨٨
[3] النساء:٢٩
[4] الإسراء:٢٣
[5] المحصول ١/ق٢ ، ص٥١٣
[6] أصول الشاشي ص٣
[7] جمع الجوامع وشرحه، ٣٩٨/١

وقال الحلي: [١] "العام هو اللفظ المستغرق لجميع ما يصلح له بحسب وضع واحد". وهذا نفس تعريف الرازي.

وقال الباجي: [٢] "العام استغراق ما تناوله اللفظ".

وقال الحسين، العالم الأصولي الزيدي: [٣] "العام الكلمة الدالّة دفعة على جميع ما تصلح له بوضع واحد".

وهكذا ذهب أكثر علماء أصول الفقه إلى حصر العام في الألفاظ واعتبار العموم من الصفات اللفظية، بينما العام أعم، كما ذكرنا.

ومن تطبيقات القاعدة المذكورة، التعارض بين القرآن والحديث كما في قوله تعالى: ﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاء نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيباً مَّفْرُوضاً﴾ [٤]، فلفظا (الرجال والنساء) من جمع التكسير محليان بأل الاستغراق، فيكون المراد بالرجال كل ذكر والمراد بالنساء كل أنثى، وهذا يتعارض مع قول الرسولﷺ ((لا يرث القاتل)) [٥] و((لا يتوارث أهل الملتين)) [٦] ويرفع هذا التعارض بحمل الرجال والنساء على ما عدا القاتل والقاتلة، كما يُحملان على ما عدا حالة اختلاف الدين، فلا يوجد التوارث بين مسلم وغير مسلم. [٧]

وبناءً على ذلك يُرفع التعارض بين العام والخاص بحمل العام على ما عدا ما ينفرد به الخاص.

---

١ مبادئ الوصول إلى علم الأصول، ص١٢٠

٢ إحكام الفصول في أحكام الأصول ص٤٨

٣ هداية العقول إلى غاية السؤل في علم الأصول، ١٩٤/٢

٤ النساء:٧

٥ رواه أبو داود٢٥٨١، رواه مالك في الموطأ وأحمد وابن ماجه٢٥٨٢.

٦ المصنف، كتاب أهل الكتاب.

٧ لمزيد من التفصيل يُراجع مؤلفنا (اصول الفقه في نسيجه الجديد) ط٢٢، ٤٠٦/٢ وما يليها.

-١٥١-

قاعدة
(يُحطاط في توزيع التركة إذا كان الخنثى المشكل أحد الورثة)[١]

الخنثى في اللغة: من يكون كثير التثني.

المُخنث: المترخي، المتثني، وجمعه خناثي وخناث. والخنث كالكتف من فيه إخناث أي تكسّر وتثنّي، مأخوذ من الإخناث وهو التثنّي والتكسّر. إن شأن الخنثى التثني في كلامه والتكسّر فيه بأن يلينه بحيث يشبه كلامه كلام النساء.

وفي إصطلاح الفقه والطب: إنسان شاذ الخلقة غير اعتيادي، له عضوا الذكورة والأنوثة أو عريٌّ عنهما. أي: انسان شاذ لا يتيقن كونه ذكرا أو أنثى.

قبل التيقن من التمييز بين الصنفين، يجب الإحتياط بإتباع إحدى الطرق الآتية:

أولا- إيقاف توزيع تركة الميّت الذي من ضمن ورثته خنثى مشكل، حتى يتّضح أمر الخنثى، هذا إذا لم يُضرّ التأخير بمصلحة بقية الورثة.

ثانيا- إذا اقتضت مصلحة سائر الورثة تقسيم التركة، فعلى القاضي أو المفتي القيام بتوزيعها على أن يراعي اثناء القسمة إحدى الصور الست الآتية:

الصورة الأولى: أن يتساوى ميراث الخنثى على كلا التقديرين (تقدير كونه ذكرا وتقدير كونه أنثى)، فحينئذ لا إشكال في توزيع التركة كما يلي:

الورثة:	أب	أم	بنت	ولد لأم الخنثى	
الفروض:	١/٦	١/٦	١/٢	١/٦	والمسألة من (٦)
الأسهم:	١	١	٣	١	

وللخنثى الباقي ذكرا كان أم أنثى[٢] في الفقه السني، لكن في الفقه الجعفري والقانون لا يرث الخنثى لأنه محجوب بالبنت. وقد اقرّت الفقرة الثانية من (م٩١) من

---

[١] يُنظر مؤلفنا (أحكام الميراث والوصية في الفقه الإسلامي المقارن والقانون وحق الإنتقال)

[٢] لأنه إما أخ من الأم أو أخت من الأم، وفي كلتا الحالتين له السدس.

قانون الأحوال الشخصية العراقي المعدل رقم (١٨٨) هذا الحجب.

الصورة الثانية: أن يرث على تقدير الأنوثة دون الذكورة:

الورثة:	زوج	شقيقة	ولد لأب خنثى
الفروض:	١/٢[1]	١/٢[2]	—
الأسهم:	٣	٣	—

فإذا كان ذكرا يُحجب بالإستغراق لأنه عصبة، وإذا كان أنثى له (١/٦) تكملة للثلثين. فالمسألة من (٦) وتعول إلى (٧).

للزوج ٣/٧، وللشقيقة ٣/٧، وللخنثى (الأخت لأب) (١/٧).

وعند الجعفرية وفي القانون العراقي: لا يرث هذا الخنثى ذكرا كان أو أنثى، لأنه يُحجب بالأخت الشقيقة، لكونه من الدرجة الثانية من المرتبة الثانية، والأخت الشقيقة من الدرجة الأولى، وقد نصت (م٨٩/٤) المعدلة على أنه "تكون الأخت الشقيقة بمثابة الأخ الشقيق في الحجب".

فعلى القاضي في الفقه السني أن يحتفظ بسُبع التركة، فإذا تبين أنه ذكر يُعاد إلى سائر الورثة، لأنه يُحجب بالإستغراق.

الصورة الثالثة: أن يرث على تقدير الذكورة دون الأنوثة:

الورثة:	زوج	جدة	ولد اخ ش. خنثى
الفروض:	١/٢	١/٦	ق
الأسهم:	٣	١	٢

فإذا تبين أنه ذكر يأخذ الباقي، لأنه من العصبات، وإذا ظهر أنه أنثى لا يرث شيئا لأنه من ذوي الأرحام. فيُرد الباقي على الجدة أو على الزوج والجد على رأي من يرى أن للزوج والزوجة حقاً في الرد. وعند الجعفرية له الباقي في الحالتين ذكرا أو أنثى، لأنه يحل محل والده ويأخذ استحقاقه لو كان على قيد الحياة.

---

[1] لعدم وجود فرع وارث

[2] لأنها واحدة لم تُعصب ولم تُحجب.

الصورة الرابعة: أن يرث بتقدير الأنوثة أكثر من إرثه بتقدير الذكورة:

الورثة:	زوج	أم	ولد لأب خنثى	المسألة من (٦) [1]
الفروض:	١/٢	١/٣	ق	
الأسهم:	٣	٢	١	

فإذا كان ذكرا له الباقي الذي يساوي (١/٦) لأنه عصبة، وإذا كان أنثى له النصف (٣/٦) فتعول إلى (٨). لأن للأخت الشقيقة أو للأخت من الأب نصف التركة إذا كانت واحدة لم يُعصبها أحد ولم تُحجب.

بعد العول:	٣/٨	٢/٨	٣/٨

وعند الجعفرية يكون محجويا بالأم، لأنه من المرتبة الثانية والأم من المرتبة الأولى.

الصورة الخامسة: هي أن يرث بتقدير الذكورة أكثر من إرثه بتقدير الأنوثة، ويُعمل بما هو متيقن بالنسبة له ولسائر الورثة، فيُوقف الباقي إلى أن يتبين أمره، فإذا مات قبل ذلك ليس لورثته شيء من هذا الموقوف، لأنه مشكوك فيه.

الورثة:	زوج	أب	ولد الإبن الخنثى المشكل	
الفروض:	١/٤	١/٦	١/٢ على تقدير الأنوثة	أصل المسألة من (١٢) [2]
الأسهم:	٣	٢	٦ على تقدير الأنوثة	

يوقف الباقي (سهم واحد ١/١٢)، فإن تبين أنه ذكر، أخذه. وإن ظهر أنه أنثى رُدَّ للأب في الفقه السني،[3] ولها وللأب بنسبة فروضهما في الفقه الجعفري.

الصورة السادسة: هي أن الخنثى المشكل لا يرث في جميع الأحوال، سواء أكان ذكرا أم أنثى، لأنه يُحجب بوارث اقوى منه قرابة.

الورثة:	زوج	إبن	ولد الإبن الخنثى
الفروض:	١/٤	ق	لا شيء
الأسهم:	١	٣	

---

[1] حاصل ضرب (٢×٣)

[2] حاصل ضرب (٢×٦) أو (٣×٤).

[3] لأنه يرث السدس فرضا والباقي تعصيبا في هذه الحالة.

-١٥٢-

قاعدة
(يُحمل المطلق على المقيّد إذا اتحدا سببا وحكما)

حقيقة المطلق:[1]

المطلق: لفظ دال على ماهية مشتركة بين عدة أنواع أو أصناف أو أفراد، يصلح لأن يُراد به أي واحد منها على سبيل التناوب قبل التقييد. وعلى سبيل المثل إذا قيل فلان ارتكب جريمة أو زرع شجرة أو اشترى حيواناً، أو عمل تزويراً أو باع سيارةً، يكون كل من جريمةٍ وشجرةٍ وحيوانٍ وسيارةٍ مطلقاً وجنساً شاملاً لكل نوع من أنواعه، على سبيل المناوبة.

حكم المطلق: من المسلّم به أن اللفظ إذا ورد في نص من النصوص مطلقاً غير مقيد بقيد، فالأصل أن يُعمل به على إطلاقه، ولا يجوز للمجتهد أو القاضي أن يقيده بقيد ما لم يثبت لديه دليل شرعي على تقييده، وفقاً للقاعدة العامة (المطلق يجري على إطلاقه، إذا لم يقم دليل على تقييده نصاً أو دلالةً أي صراحة أو ضمنا).

ومن تطبيقات هذه القاعدة في الأحوال الشخصية ما يلي:

أ- العمل بمقتضى الإطلاق الوارد في قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَآئِكُمْ﴾[2] في التحريم، أي حرّم عليكم التزوج بأمهات زوجاتكم سواء أحصل الدخول أم لا، لأن اللفظ ورد مطلقاً غير مقيد بالدخول، وقد أجمع فقهاء الشريعة على الأخذ بهذا الإطلاق، حيث لم يثبت دليل شرعي في القرآن أو في السنة النبوية على تقييده بالدخول.

ب- وكذلك العمل بالإطلاق الوارد في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً﴾[3]. فإنه يدل على وجوب عدة الوفاة على زوجة المتوفى، سواء أدخل بها أم لم يدخل. ومثل ذلك في الإطلاق، آيات

---

[1] يُنظر مؤلفنا أصول الفقه في نسيجه الجديد، ٢٨٢/٢

[2] النساء:٢٣

[3] البقرة:٢٣٤

التوارث بين الزوجين الواردة مطلقةً عن قيد الدخول في ميراث أحد الزوجين من الآخر، فإذا مات أحدهما بعد الزواج الصحيح وقبل الدخول، يرثه الآخر وفقاً لإطلاق النص، كما في قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ، وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم مِّن بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾[1]. فلا يُشترط الدخول لاستحقاق أحد الزوجين لميراث الزوج الآخر إذا توفي قبل الآخر، لعدم وجود سند شرعي يدل على قيد الدخول.

ومن تطبيقات القاعدة في المعاملات المالية:

أ- (الأَجِيرُ الَّذِي اُسْتُؤْجِرَ عَلَى أَنْ يَعْمَلَ بِنَفْسِهِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَعْمِلَ غَيْرَهُ).[2] ولكن (لَوْ أَطْلَقَ الْعَقْدَ حِينَ الِاسْتِئْجَارِ فَلِلْأَجِيرِ أَنْ يَسْتَعْمِلَ غَيْرَهُ) إذا لم تكن النية موجهة إلى شخص الأجير للقيام بالعمل بنفسه.[3]

ومن الجدير بالإشارة أن البيع المطلق يقترن به اللزوم، وبتقييده بخيار الشرط يرتفع اللزوم، وإطلاق الثمن يقتضي الحلول. وإذا شُرط الأجل ارتفع الحلول.

ب- (إِذَا كَانَتْ الْإِعَارَةُ مُطْلَقَةً أَيْ لَمْ يُقَيِّدْهَا الْمُعِيرُ بِزَمَانٍ أَوْ مَكَانٍ أَوْ بِنَوْعٍ مِنْ أَنْوَاعِ الِانْتِفَاعِ كَانَ لِلْمُسْتَعِيرِ اسْتِعْمَالُ الْعَارِيَّةِ فِي أَيِّ زَمَانٍ وَمَكَانٍ شَاءَ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي يُرِيدُهُ لَكِنْ يُقَيَّدُ ذَلِكَ بِالْعُرْفِ وَالْعَادَةِ).[4]

ج- في عقد المضاربة المطلقة، يكون المضارب مأذونا بالعمل في مستلزمات المضاربة والأمور المتعلقة بها. ويجوز له البيع والشراء بنقدٍ ونسيئةٍ وتحديد أجل معتاد، وله التوكيل والحوالة والسفر إلى بلد آخر للمعاملات التجارية.[5]

---

[1] النساء:١٢

[2] مجلة الأحكام العدلية، م٥٧١

[3] مجلة الأحكام العدلية، م٥٧٢

[4] مجلة الأحكام العدلية، م٨١٦

[5] مجلة الأحكام العدلية، م١٤١٤

أصل القاعدة: (يَكُونُ الْمُضَارِبُ فِي الْمُضَارَبَةِ الْمُطْلَقَةِ مَأْذُونًا بِالْعَمَلِ فِي لَوَازِمِ الْمُضَارَبَةِ وَالْأَشْيَاءِ الَّتِي تَتَفَرَّعُ عَنْهَا بِمُجَرَّدِ عَقْدِ الْمُضَارَبَةِ، فَلِذَلِكَ لَهُ:

أَوَّلًا : شِرَاءُ الْمَالِ لِأَجْلِ بَيْعِهِ وَالرِّبْحِ مِنْهُ ، لَكِنْ إذَا اشْتَرَى مَالًا بِالْغَبْنِ الْفَاحِشِ يَكُونُ اشْتَرَاهُ لِنَفْسِهِ وَلَا يَدْخُلُ فِي حِسَابِ الْمُضَارَبَةِ.

د- في الوكالة بالبيع المطلق للوكيل أن يبيع مال موكله بالثمن الذي يراه مناسباً، لكن ليس له أن يبيع بأقل مما عيّنه الموكل.

حقيقة المقيّد:

بعد معرفة حقيقة المطلق يكون حقيقة المقيّد واضحة لدى كل من يستوعب المطلق، لأن المقيد عبارة عن المطلق مع إضافة قيد أو أكثر يُقلل من شيوعه ويبين أن المراد منه نوع من أنواعه، أو صنف من أصنافه، أو شخص من أشخاصه.

ومن النصوص الشرعية التي ورد فيها تقييد المطلق ما يلي:

أ- في قوله تعالى: ﴿مَن قَتَلَ نَفساً بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعاً﴾[1]. فقيّد الشارع القتل المحرم بأن يكون بغير حق، فإذا كان بحق كالقصاص ومنع انتشار الفساد في الأرض، فإنه لا يُعتبر جريمةً موجبة للعقوبة.

ب- قوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَئاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلاَّ أَن يَصَّدَّقُواْ﴾[2]، فقيّد قتل الموجب لتحرير الرقبة والدّية بأن يكون خطأً، وقيّد الرقبة بأن تكون مؤمنة.

ج- قوله تعالى: ﴿وَرَبَائِبُكُمُ اللاَّتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ اللاَّتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾[3]. فقيّد تحريم بنت الزوجة من زوج سابق بالمصاهرة بقيد الدخول، أما إذا حصلت الفرقة بينهما قبل الدخول، فيحق له أن يتزوج البنت التي هي من زوجها السابق.

والسرّ في حرمة أم الزوجة بمجرد عقد التزوج ببنتها وإن لم يدخل بها، وفي عدم حرمة ابنة زوجته من زوجها السابق ما لم يدخل بها بعد الزواج، هو أن الزوج بحاجة إلى

ثَانِيًا : لَهُ الْبَيْعُ سَوَاءٌ كَانَ بِالنَّقْدِ أَوْ بِالنَّسِيئَةِ بِثَمَنٍ قَلِيلٍ أَوْ كَثِيرٍ لَكِنْ لَهُ الْإِمْهَالُ لِلدَّرَجَةِ الْجَارِي الْعُرْفُ وَالْعَادَةُ فِيهَا بَيْنَ التُّجَّارِ .

ثَالِثًا : لَهُ قَبُولُ الْحَوَالَةِ بِثَمَنِ الْمَالِ الَّذِي بَاعَهُ .

رَابِعًا : لَهُ تَوْكِيلُ شَخْصٍ آخَرَ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ .

خَامِسًا : لَهُ إيدَاعُ مَالِ الْمُضَارَبَةِ وَالْبِضَاعَةِ وَالرَّهْنِ وَالِارْتِهَانِ وَالْإِيجَارِ وَالِاسْتِئْجَارِ)

[1] المائدة:٣٢

[2] النساء : ٩٢

[3] النساء:٢٣

الخلوة مع أم زوجته بعد زواجه لإكمال متطلبات هذا الزواج، وهذه الحكمة غير متوافرة في صورة العكس.

حمل المطلق على المقيّد:

ما سبق كان بصدد حكم لفظ ورد مطلقاً فقط أو مقيّداً فقط، ولكن ما الحكم إذا ورد لفظ في نص مطلقاً وفي نص آخر مقيداً ؟

الشقوقات المتصورة ثلاثة:

أ- حمل المطلق على المقيد واعتباره مقيداً والعمل بالنصين على أساس رعاية القيد.

ب- استقلال كُلٍ عن الآخر وإبقاء المطلق على إطلاقه، والمقيد على تقييده دون أن يتأثر أحدهما بالآخر.

جـ- حمل المقيد على المطلق واعتباره مطلقاً أيضاً والعمل بالنصين على أساس إلغاء القيد.

هذا الشق الأخير الذي ذهب إليه البعض[١] ليس قميناً بالبحث، لأنه رأي شاذ. والشقان الآخران يطبقان في ضوء إرجاع مدى صلة المقيّد بالمطلق إلى صورة من الصور الأربع الآتية:

١- المطلق والمقيد متحدان في الحكم وفي السبب الذي بني عليه هذا الحكم.

٢- مختلفان في الحكم والسبب.

٣- متحدان في الحكم ومختلفان في السبب.

٤- مختلفان في الحكم ومتحدان في السبب.

الصورة الأولى/ وهي حالة اتحادهما في الحكم والسبب

ففيها يُحمل المطلق على المقيد بالإجماع إذا كانا مثبتين ولم يكن تشريع المقيد متأخراً عن العمل بالمطلق[٢].

---

[١] في جمع الجوامع وشرحه ٢/٣ (وقيل يحمل المقيد على المطلق بان يلغى القيد لأن ذكر المقيد ذكر لجزئي المطلق فلا يقيده كما أن ذكر فرد من العام لا يُخصصه.

[٢] قال الآمدي، الأحكام ٢/١٦٣ "فان كانا مثبتين فلا نعرف خلافاً في حمل المطلق على المقيد، وإن كانا منفيين أو نهي عنهما لا خلاف في العمل بمدلولهما"، وفي قوله: (فلا نعرف خلافاً) محل نظر، لأن هذا رأي البعض والجمهور على خلاف ذلك.

وإذا كانا منفيين أو كان المقيد متأخراً عن العمل بالمطلق، فحمل المطلق على المقيد مختلف فيه، فالجمهور قالوا به وخالفهم البعض. فقالوا (يُعمل بهما إذا كانا منفيين)[١]، ويعتبر المقيّد ناسخاً للمطلق إن تأخر عن العمل به، والراجح هو قول الجمهور.

تطبيقات هذه الصورة في القرآن الكريم

أن كلمة (دم) وردت مطلقة تارة ومقيدة بقيد (مسفوح) تارةً أخرى، قال سبحانه وتعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ﴾[٢]، وقال تعالى: ﴿قُل لاَّ أَجِدُ فِي مَا أُوْحِيَ إِلَيَّ

واشترط الحنفية إضافة إلى شرط كونهما مثبتين أن لا يثبت تأخر المقيد عن المطلق في التشريع، بأن عُلم بتشريعهما معاً أو جهل التأريخ، وإلاّ فإن عُلم التأخير، فالمقيد ناسخ، وان ورد قبل العمل بالمطلق.

قال البهاري، (مسلم الثبوت ١/ ٢٩٠) "فان كانا منفيين فيُعمل بهما اتفاقاً، وان كانا مثبتين فان وردا معاً حُمل المطلق على المقيد ضرورة أن السبب الواحد لا يوجب المتنافيين في وقت واحد، والمعية قرينة البيان، وان جُهل فكذلك لعدم الترجيح، فيرجح البيان، وان عُلم المتأخر فالمقيد المتأخر ناسخ عندنا أي إيجاب للقيد ورفع -إلغاء- للإطلاق المراد أولاً. ويتفق الشافعية مع الحنفية في أن المقيد المتأخر ناسخ، لكن بشرط أن يتأخر عن العمل بالمطلق بأن لا يكونا في تشريع واحد أو زمن واحد.

قال ابن السبكي (جمع الجوامع وشرحه ٢/٣٣) "انهما إن اتحد حكمهما وموضوعهما وكانا مثبتين وتأخر المقيد عن وقت العمل بالمطلق فالمقيد ناسخ للمطلق، وإلا بأن تأخر عن وقت الخطاب (التشريع) بالمطلق دون العمل، أو تأخر المطلق عن المقيد مطلقاً، أو تقارنا أو جُهل تأريخهما، حُمل المطلق على المقيد جمعاً بين الدليلين. وان كانا منفيين يقيد المطلق بالمقيد عند القائل بحجية مفهوم المخالفة وهو الراجح."

وعند جمهور الفقهاء لا يوجد هذا التفصيل والتفريق بل يُحمل المطلق على المقيد إذا اتحدا حكماً وسبباً، وعلى سبيل المثال قال المالكية (مفتاح الوصول إلى علم الأصول، ص١٠٧) "إذا اتحدا في الحكم والسبب فلا خلاف في أن يُحمل المطلق على المقيد."

وكذا قال القرافي (شرح تنقيح الفصول، ص٢٦٦)، وفي (مفتاح الوصول، ص١٠٧) "فأما إن اتحدت -أي صورة التقييد- في السبب والحكم، فلا خلاف في ان يُحمل المطلق على المقيد، كقوله ﷺ ((لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ وَصِداقٍ وَشَاهِدَين))، وفي رواية أخرى ((لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ وَصِداقٍ وَشَاهِدَي عَدل))، فانه يجب تقييد الشهود بالعدالة". تقدم تخريجه.

[١] أي عند القائلين بعدم حجية مفهوم المخالفة، أما عند القائلين بها فيُقيد المطلق بالمقيد كما لو كانا مثبتين. جمع الجوامع وشرحه.

[٢] سورة المائدة ٣.

مُحَرَّماً عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إلاّ أن يَكُونَ مَيْتَةً أوْ دَماً مَّسْفُوحاً أوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ فَإنَّهُ رِجْسٌ أوْ فِسْقاً أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ﴾[1] أي سائلاً ومتحولاً من مكانه الأصلي إلى مكان آخر.

فالمطلق والمقيد في هاتين الآيتين متحدان في الحكم وهو التحريم، ومتحدان في السبب وهو كون الدم مضرا بصحة من يتناوله في حالة تعرضه للهواء خارج مستقره الأصلي، لأنه كما ثبت في الطب الحديث يُعتبر أخصب وسط لنمو الجراثيم، إضافة إلى انه يحمل إفرازات سامة[2]، ولذلك اجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن المراد من الدم مطلقاً في سورة المائدة هو الدم المسفوح، وان ما ورد في سورة الأنعام هو بيان لهذا المراد.

أما إذا لم يكن مسفوحاً بان يتعاطاه الإنسان مع اللحم والعظم أو بان يُسحب من جسم شخص إلى قنينة ومنها إلى شخص آخر، كما هو المتبع في المستشفيات في الوقت الحاضر، فانه ليس مُحرماً لأنه ثبت بالتجربة عدم مضرة الدم في هذه الحالة، بل هو مفيد بحيث ينقذ حياة المريض أحياناً، والتحريم للمضرة، والحكم يدور مع سببه وجوداً وعدماً.

من تطبيقات هذه الصورة أيضا في القانون الوضعي:

ما جاء في م١٢١ و م١٣٤ من القانون المدني العراقي، حيث ورد التغرير في م١٢١ مقيداً بقيد (الغبن الفاحش)[3]، فالتغرير هو استعمال الطرق الاحتيالية لإيقاع شخص في الغلط أو لاستمراره على الغلط الذي وقع فيه بقصد حمله على التعاقد، لا يُعتبر وحده عيباً مستقلاً ما لم يترتب عليه غبن فاحش، وهو ما لا يدخل في تقويم المقومين.

وورد في م١٣٤[4] مطلقاً عن هذا القيد، ولكن بما أن السبب في النصين واحد وهو التغرير، والحكم أيضا واحد وهو كون العقد موقوفاً (غير نافذ) غير منتج للآثار من الحقوق والالتزامات، يُحمل المطلق على المقيد ويُعتبر التغرير في هذه المادة أيضاً مقيداً بالغبن

---

[1] سورة الأنعام ١٤٥.

[2] الإسلام والطب الحديث، الدكتور عبد العزيز إسماعيل نقلاً عن الأستاذ زكي الدين شعبان، أصول الفقه الإسلامي، ص٣١.

[3] م١٢١/١ (إذا غر احد المتعاقدين بالآخر وتحقق أن في العقد غبنا فاحشا، كان العقد موقوفا على إجازة العاقد المغبون) ويكفي التغرير وحده في القانون المصري م ١٢٥ المتأثر بالمدني الفرنسي م ١١٦. وفي القانونين سبب لعدم لزوم العقد وجواز إبطاله من المدلس عليه.

[4] م ١٣٤ /١ (إذا انعقد العقد موقوفا لحجر أو إكراه أو غلط أو تغرير جاز للعاقد ان ينقض العقد بعد زوال الحجر، أو ارتفاع الإكراه أو تبين الغلط أو انكشاف التغرير كما له ان يجيزه).

الفاحش. وبناء على ذلك لا يَرد[1] على المشرع العراقي انه خرج في م١٣٤ عن أصله في أن كُلا من التغرير والغبن لا يُعتبر وحده عيباً مستقلاً من عيوب الرضا، كما هو الاتجاه السائد في الفقه الإسلامي خلافاً للفقه الغربي.

الصورة الثانية/ ان يختلف المطلق والمقيد في الحكم وسببه

وحكم هذه الصورة إجماع الفقهاء على عدم جواز حمل المطلق على المقيد لعدم وجود التعارض بينهما حتى يُرفع بالتقييد، ولعدم توافر أية صلة بينهما حتى يتأثر المطلق بالمقيد.

ومن تطبيقات هذه الصورة:

كلمة (يد) وردت في آية الوضوء لإقامة الصلاة مقيدة بقيد (المرافق) فقال سبحانه وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلاةِ فاغْسِلُواْ وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ﴾[2]، ووردت مطلقة في آية عقوبة السرقة في قوله تعالى﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُواْ أَيْدِيَهُمَا﴾[3]، فهاتان الآيتان رغم ورودهما في سورة واحدة إلا أن كل واحدة منهما عالجت حكماً لا صلة له بالحكم الموجود في الآخر، فالحكم في آية الوضوء وجوب غسل اليد، وسببه التطهر لإقامة الصلاة، وفي آية عقوبة السرقة الحكم هو وجوب قطع يد السارق وسببه هو السرقة والاعتداء على مال الغير، وبناء على هذا الاختلاف الواضح لا يجوز للقاضي الجنائي أن يحكم بقطع يد السارق من المرفق بحجة حمل المطلق على المقيد، وإنما تقطع من الرسغ (المفصل ما بين الساعد والكف).

الصورة الثالثة والرابعة

اختلف فيهما الفقهاء، فالجمهور على عدم حمل المطلق على المقيد فيهما لعدم التعارض حتى يُرفع بالحمل، في حين ذهب البعض إلى حمل المطلق فيهما على المقيد، كما في الصورة

---

[1] قال أستاذنا الدكتور عبد المجيد الحكيم (الموجز شرح القانون المدني ٣٠٩/١) ويلاحظ على المادة المتقدمة م ١٣٤، انها اعتبرت العقد موقوفا للتغرير فقط، وكان يجب أن تنص على اقترانه بالغبن الفاحش، فالقانون المدني العراقي كما سبق أن رأينا لم يعتبر التغرير لوحده عيبا من عيوب الرضا.

[2] سورة المائدة ٦

[3] سورة المائدة ٣٨

الأولى[١].

من تطبيقات الصورة الثالثة الاتحاد في الحكم والاختلاف في السبب في القرآن الكريم

إطلاق الشاهد في شهود المداينة وتقييده بالعادل في شهود الطلاق والرجعة، ففي المداينة بدين مؤجل بعد أن أمر الله سبحانه بتسجيل الدين وتوثيقه في قوله ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَّيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ﴾[٢]، قال زيادة للتوثيق ﴿وَاسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ من رِّجَالِكُمْ﴾[٣]، ولم يشترط ظاهراً أن يكون هذان الشاهدان عادلين، بل ترك الأمر مطلقاً فيشمل الشاهدين العادلين والشاهدين الفاسقين.

وفي سورة الطلاق بعد أن أمر أن يكون الطلاق وقت العدة أي في وقت تبدأ الزوجة بعد الطلاق مباشرة بالعدة، بأن لا تكون وقت الطلاق حاملاً ولا حائضاً بل تكون في طهر لم يُعاشرها فيه، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ[٤]، وقال﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ[٥] فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ[٦] أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ[٧] وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾[٨]، أمر بأن يكون الشاهدان عادلين، واعتبر قيد العدل في صحة شهادة الطلاق أو الرجعة، في حين لم يعتبر هذا القيد في شهود المداينة، فمن اعتبر في الاعتداد بشهادتهم العدل

---

[١] على أساس أنه يكفي لهذا الحمل وحدة السبب فقط أو وحدة الحكم فقط. في المسودة لآل تيميه ص١٤٤، "وحمل المطلق على المقيد إذا اختلف السبب واتحد جنس الواجب كتقييد الرقبة بالإيمان في كفارة القتل وإطلاقها في غيرها، وبهذا قالت المالكية وبعض الشافعية".

[٢] سورة البقرة ٢٨٢.

[٣] سورة البقرة ٢٨٢.

[٤] سورة الطلاق ١.

[٥] أي قاربن من انقضاء العدة.

[٦] أي المراجعة بالمعروف.

[٧] أي اتركوهن حتى تنقضي عدتهن فيملكن أنفسهن.

[٨] سورة الطلاق ٢.

والحاصل: ورد تقييد الشهود بالعدل في سورة الطلاق في قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ سورة الطلاق/٢، وورد مطلقاً في قوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ من رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاء﴾سورة البقرة ٢٨٢. فالحكم في النصين واحد سواء كان وجوبا أو ندبا، ولكن السبب يختلف، فسبب الإشهاد في النص المقيد الإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان بعد الطلاق الرجعي، وسببه في النص المطلق هو الدين المؤجل، فقال البعض كالإمام الأوزاعي (يحمل المطلق على المقيد).

انظر فقه الأمام الأوزاعي، تحقيق د.عبد الله الجبوري ١/٤٩٥، فتح الباري، كتاب الظهار ٩/٥٤٠.

حمل المطلق في آية المداينة على المقيد في آية الطلاق أو الرجعة سواء اعتبرت الشهادة مستحبة كما هو رأي الجمهور أم واجبة كما هو رأي الظاهرية ومن وافقهم.

ومن الواضح أن السبب في كل من المطلق (شهود المداينة) والمقيد (شهود الطلاق أو المراجعة) مختلف، ففي المطلق السبب هو المداينة إلى اجل مسمى لاستبعاد المنازعات والخصومات بين الدائنين والمدينين. وفي المقيد السبب هو الطلاق كما قال بعض الفقهاء[1]، والرجعة كما قال البعض الآخر[2]، وحكمة اشتراط الإشهاد هي أن لا يقع بين الزوجين التجاحد، وان لا يُتهم الزوج بإمساكه دون علاقة زوجية، لئلا يدّعي الباقي منهما على قيد الحياة بعد موت الآخر ثبوت الزوجية ليرث منه. والحكم في كل من المطلق والمقيد واحد وهو وجوب الإشهاد كما قال البعض، وندبه كما قال الجمهور.

الصورة الرابعة: أن يتحد السبب ويختلف الحكم في كل من المطلق والمقيد

وقد اختلف الفقهاء في حمل المطلق على المقيد في هذه الحالة، ويبدو أن أكثر الفقهاء يميلون إلى عدم الحمل وإبقاء المطلق على إطلاقه والمقيد على تقييده دون أن يتأثر المطلق

---

[1] اختلف الفقهاء في أمرين:

أحدهما هل الإشهاد يرجع إلى الطلاق المذكور في صدر الآية أو إلى الرجعة المذكورة في قوله تعالى: ﴿فامسكوهن بمعروف﴾ سورة الطلاق ٢. قال الجمهور (يرجع إلى الرجعة لأنها اقرب، والقيد إذا دار بين القريب والبعيد يُحمل على القريب). وقال فقهاء الجعفرية ومن وافقهم (القيد يرجع إلى الطلاق، والإشهاد ركن من أركانه). ففي الروضة البهية واللمعة الدمشقية ١٥٤/٢ "أركان الطلاق أربعة، الصيغة، المطلق، المطلقة والأشهاد على الصيغة ". وفي تفسير القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ١٥٧/٨ في تفسير قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ سورة الطلاق ٢. "أمر بالإشهاد على الطلاق وقيل على الرجعة والظاهر رجوعه إلى الرجعة لا إلى الطلاق".

وثانيهما اختلف القائلون بان الإشهاد للرجعة في انه شرط الصحة أو الأمر للاستحباب. قال القرطبي، المرجع السابق "فان راجع من غير إشهاد ففي صحة الرجعة قولان للفقهاء". وقال أيضا "واختلف الناس، هل الشهادة فرض أو ندب، والصحيح أنها ندب". والذي ظهر لنا من المراجع المعتمدة أن الإشهاد واجب في احد قولي الإمام احمد وفي القول القديم للشافعي، الإعانة على فتح المعين ٢٩/٤، ومندوب عند جمهور الفقهاء.

[2] قال الجمهور في الرجعة "الاشهاد مندوب لجواز الرجعة بالفعل كالمعاشرة الجنسية أو التقبيل".

بالمقيد لاختلاف الحكم وبالتالي لعدم التعارض بينهما حتى يُرفع بالحمل.

ومن تطبيقات هذه الصورة في القرآن الكريم

أن الله سبحانه وتعالى أمر بغسل الوجه واليدين إلى المرفقين لإقامة الصلاة إذا وجد الماء زائداً عن حاجة الإنسان له، وفي حالة لا يُضر استعماله بصحة الإنسان، كما في ظرف الجو البارد، أو في حالة المرض أو عند وجود جُرح أو كسر في اليد، وفي حالة وجود عذر من هذه الأعذار أمر بالتيمم، فقال: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلاةِ فاغْسِلُواْ وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ وَامْسَحُواْ بِرُؤُوسِكُمْ وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى الْكَعْبَينِ وَإِن كُنتُمْ جُنُباً فَاطَّهَّرُواْ وَإِن كُنتُم مَّرْضَى أَوْ عَلَى سَفَرٍ أَوْ جَاء أَحَدٌ مَّنكُم مِّنَ الْغَائِطِ أَوْ لاَمَسْتُمُ النِّسَاء فَلَمْ تَجِدُواْ مَاء فَتَيَمَّمُواْ صَعِيداً طَيِّباً فَامْسَحُواْ بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُم مِّنْهُ﴾[1]. ففي هذه الآية كما هو واضح قيد غسل اليد بان يشمل المرفق، بخلاف التيمم فلم يشترط قيد (المرفق) بل ترك الأمر مطلقاً. فالسبب في المطلق والمقيد واحد وهو إقامة الصلاة ولكن الحكم يختلف وهو وجوب الغسل في المقيد ووجوب المسح في المطلق.

وبعد هذا العرض يمكن أن نستنتج الخلاصة الآتية:

إذا كان كل من الحكم والسبب واحداً في كليهما، يجب حمل المطلق على المقيد، وإذا كان كل منهما مختلفا في كليهما لا يجوز الحمل، وفيما عدا هاتين الصورتين يُترك الأمر لتقدير القاضي والمفتي.

ولكن القاضي في بعض الحالات ملزم بحمل المطلق على المقيد رغم عدم اتحاد السبب والحكم، إذا رأى أن العدالة تقتضي ذلك كما في م٨ و م٩ من قانون الأحوال الشخصية العراقي[2].

ففي م٨ منع الولي من تزويج موليته منعاً غير مبرر بما هو جدير بالاعتبار يجعله عاضلاً، فيكون سبباً لانتقال الولاية إلى القاضي كما هو رأي فقهاء الشريعة[3].

---

[1] سورة المائدة ٦

[2] الرقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل

[3] نص الفقرة الأولى من المادة الثامنة (إذا طلب من اكمل الخامسة عشر من العمر الزواج فللقاضي أن يأذن به إذا ثبت له أهليته وقابليته البدنية بعد موافقة وليه الشرعي. فإذا امتنع الولي طلب القاضي منه موافقته خلال مدة يحددها له، فان لم يعترض أو كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار، إذن القاضي بالزواج).

وفي م٩[1] امتناع الولي يكون سبباً لعقوبة بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات أو بالغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين، إذا كان قريباً من الدرجة الأولى.

فالسبب في النصين واحد وهو منع الولي من تزويج موليته، والحكم فيهما مختلف لأنه في م٨ انتقال الولاية إلى القاضي، وفي م٩ حكم القاضي بالعقوبة والمنع (أو الاعتراض)، وورد في النص الأول مقيداً بقيد (غير جدير بالاعتبار)، ومفهوم مخالفته أن المنع إذا كان مبرراً بما هو جدير بالاعتبار لا تنتقل الولاية إلى القاضي، وبالتالي لا يحق له الإذن بالزواج. وورد المنع في النص الثاني مطلقاً عن هذا القيد، ورغم ذلك على القاضي أن يتقيد به، فلا يحق له أن يحكم بالعقوبة إذا كان المنع مبرراً بما هو جدير بالاعتبار، كأن يكون الزوج غير كفء للبنت، أو أن الزواج يُضر بمصلحتها أو بسمعة العائلة.

تكييف تقييد المطلق:

اختلف الأصوليون كما ذكرنا في تكييف التقييد، هل هو بيان للمراد من المطلق، أو تأويل أو نسخ.

أ- قال الحنفية والشافعية "إذا تأخر المقيد عن العمل بالمطلق يكون ناسخا"، بل ذهب الحنفية إلى ابعد من ذلك فقالوا "إذا تأخر زمن تشريعه يكون ناسخاً للإطلاق وان لم يعمل به قبل النسخ".

ب- قال المالكية "التقييد تأويل[2]"، والتأويل هو العدول من المعنى الراجح إلى المعنى

---

[1] نص الفقرة الأولى والثانية من المادة التاسعة:

١- لا يحق لأي من الأقارب أو الأغيار إكراه أي شخص ذكرا كان أم أنثى على الزواج دون رضاه، ويعتبر عقد الزواج بالإكراه باطلا، إذا لم يتم الدخول كما لا يحق لأي من الأقارب أو الأغيار منع من كان أهلا للزواج بموجب أحكام هذا القانون من الزواج.

٢- يعاقب من خالف أحكام الفقرة (١) من هذه المادة بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات أو بالغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا كان قريبا من الدرجة الأولى، أما إذا كان المخالف من غير هؤلاء فتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على عشر سنوات أو الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات.

[2] قال التلمساني المالكي، مفتاح الوصول في علم الأصول، ص ١٠٧ (التأويل الثامن التقييد). قارن أصول السرخسي ١٢٨/١ وما بعدها.

المرجوح لدليل في لفظ يحتمل معنيين يكون راجحاً في أحدهما ومرجوحاً في الآخر".

جـ- وقال جمهور الأصوليين "التقييد بيان للمعنى المراد من المطلق، كما أن التخصيص بيان للعام، فالشارع إذا لم يُرد بالمطلق إطلاقه يذكره في مجال آخر مقيّداً إشعاراً بأن المراد من المطلق هو المقيّد أيضاً".

وترتب على هذا الاختلاف الأصولي اختلاف الفقهاء في أحكام فقهية فرعية كثيرة، منها الاختلاف في حكم الطمأنينة، هل هي فرض من فروض الصلاة أو هي من سننها؟.

وقال أبو حنيفة وصاحبه محمد -ووافقهما الإمام مالك والأوزاعي- الركوع والسجود من الألفاظ الخاصة الدالة على المعنى دلالة قطعية، فالأول موضوع للميل من الاستواء، وهذا يتأتى بالانحناء، والثاني موضوع لوضع الجبهة أو الرأس على الأرض، ولو كانت فرضاً للزم نسخ القرآن -وهو دليل قطعي- بحديث الآحاد -وهو دليل ظني- واللازم باطل فكذلك الملزوم.

دليل الملازمة أن المطلق والمقيد متعارضان فيرفع التعارض بنسخ الثاني لإطلاق الأول.

ودليل البطلان أن الناسخ يجب أن يكون أقوى من المنسوخ أو مساوياً له في الثبوت والقوة الإلزامية. فنسخ القرآن بحديث الآحاد يؤدي إما إلى رفع درجة حديث الآحاد إلى مرتبة القرآن، أو إنزال مرتبة القرآن إلى درجة حديث الآحاد وكلاهما باطل، والمستلزم للباطل باطل.

والراجح في رأينا المتواضع

أن تقييد النص الخاص المطلق في القرآن بزيادة في حديث الآحاد بيان وليس نسخاً ولا تأويلاً للأسباب الآتية:

١- النسخ إلغاء وحي سابق بوحي لاحق وهذا لا ينطبق على الزيادة على النص الخاص.

٢- الزيادة تجتمع مع المزيد عليه وتقترن به، في حين إن الناسخ والمنسوخ لا يجتمعان ولا يقترنان.

٣- محل حكم الناسخ والمنسوخ يجب أن يكون واحداً، وهذا لا يتحقق في الزيادة على النص الخاص المطلق وتقييده بها.

٤- الركوع والسجود في قوله تعالى﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا ارْكَعُوا وَاسْجُدُوا وَاعْبُدُوا رَبَّكُمْ وَافْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾[(١)]، لم يقصد بهما معناهما اللغوي وإنما أراد الله بهما معناهما الشرعي وهو الميلان من الاستواء مع الطمأنينة، ووضع الجبهة على الأرض مع الطمأنينة، وبذلك أصبحا من المجمل، فبينهما الرسول ﷺ[(٢)].[(٣)]

---

(١) سورة الحج ٧٧.

(٢) عن أبي هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ دخل المسجد فدخل رجل فصلى، ثم جاء فسلم على النبي ﷺ فقال: (ارجع فصل فانك لم تصل، فرجع فصلى كما صلى، ثم جاء فسلم على النبي ﷺ فقال ارجع فصلِ فانك لم تصل، فرجع فصلى كما صلى، ثم جاء فسلم على النبي ﷺ فقال ارجع فصل فانك لم تصل، فقال: والذي بعثك بالحق ما أحسن غيره، فعلمني، فقال: إذا قمت إلى الصلاة فكبر ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن ثم اركع حتى تطمئن راكعاً، ثم ارفع حتى تعتدل قائماً، ثم اسجد حتى تطمئن ساجداً، ثم ارفع حتى تطمئن جالساً، ثم اسجد حتى تطمئن ساجداً، ثم افعل ذلك في الصلاة كلها). متفق عليه، نيل الأوطار ٢/٢٩٤.

(٣) أصول الفقه في نسيجه الجديد، ط٢٢، ص٣٨٨ وما يليها

-١٥٣-

قاعدة
(يُغْتَفَرُ فِي الْبَقَاءِ مَا لَا يُغْتَفَرُ فِي الِابْتِدَاءِ)[1]

أي يُسمح بحدوث شيء مانع أثناء البقاء ولكن لا يُسمح به قبل حدوث التصرف ويكون مانعاً إذا حدث في الابتداء.

ومن تطبيقات هذه القاعدة:

١- إذا استخلف القاضي رجلاً مع أن الخليفة الذي عيّنه لم يأذن له بالاستخلاف، لم يجُز له الحكم، لكن لو حكم من استخلفه القاضي وتوفر فيه شروط ممارسة القضاء وأجاز القاضي حكمه، جاز.

٢- لا يصح هبة الحصة الشائعة من شيء قابل للقسمة، لأن القبض الكامل شرط في تمام الهبة وهو ممكن في هبة الحصة من الشيء القابل للقسمة، لكن لو وهب أحد لآخر داراً قابلة للقسمة، ثم استحق نصف الدار، فإن الهبة في النصف الباقي تبقى صحيحة.

٣- لا يصح بيع نصف الثمرة غير الناضجة المشتركة بين إثنين لغير الشريك، لإقتضاء ذلك تضرر الشريك، إذ على المشتري أن يأخذ نصفه بعد تمام العقد، وأخذ النصف يستلزم قطف الثمرة كلها ليمكن افراز النصف، في هذا ضرر بيّن بالشريك، لكن لو باع الشريكان الثمرة المشتركة بعقد واحد ثم تراضي أحدهما مع المشتري بفسخ البيع في نصيبه، فإن البيع يبقى صحيحاً في النصف الآخر.

٤- لا يصح تزويج إمرأة بشهادة صبيين، ولكن لو بلغا وشهدا أمام القاضي بالنكاح المذكور، تُقبل شهادتهما ويُعتبر النكاح صحيحاً.[2]

٥- لو شهدت إمرأة على انها أرضعت فلانا وفلانة، فإذا كانت الشهادة قبل عقد الزواج بينهما، فلا يجوز الزواج، وإذا كانت بعده لا يبطل بها الزواج.

---

١ مجلة الأحكام العدلية، م٥٥

٢ الأستاذ منير القاضي، شرح المجلة، ١/١١٨.

٦- لو اعترفت إمرأة بأنها في العدة، لم يجز زواجها من زوج آخر، أما إذا اعترفت بعد الزواج بأنها في العدة، لا تأثير له.

٧- العدة الطارئة لا تأثير لها على استمرار الزواج. فمن عاشر زوجة الغير بالشبهة فتجب عليها العدة، ولكن هذه العدة ليس لها تأثير على استمرار الزواج السابق.

٨- لو حطت الزوجة المهر في ابتداء عقد الزواج، لبطل الحط، وإذا حطته بعد الزواج جاز الحط. والحط يعني انقاص المهر المحدد. وعلى سبيل المثل إذا اتفق الزوجان على أن يكون المهر عشرين مثقالاً من الذهب، فإذا أنقصت الزوجة هذا المبلغ إلى خمسة عشرة مثقالاً بطل الإنقاص، أما إذا أنقصته بعد تمام الزواج جاز.

-١٥٤-

قاعدة
(يُغْتَفَرُ فِي التَّوَابِعِ مَا لَا يُغْتَفَرُ فِي غَيْرِهَا)[١]

أي: إن الشروط الواجب مراعاتها في الشيء المقصود بالذات، لا يُطلب مراعاتها في الأشياء الثابتة تبعاً وحكماً.

وبتعبير آخر، ما لا يجوز في الأمور المطلوبة قصداً قد يجوز في الأمور الحاصلة ضمناً، أي يتسامح ويتساهل في التابع أي في ما أشتمل عليه غيره، سواء كان من حقوق المتبوع المشتمل أو لوازمه.[٢]

ومن تطبيقات هذه القاعدة:

١- لو وكل المشتري البائع بقبض المبيع، لا يصح، لأن الشخص الواحد لا يصح أن يكون مُسلِّماً ومستلماً، إذ لابد من المغايرة بين المسلِّم والمستلِم. فلو هلك المبيع بيد البائع بعد هذا التوكيل، يهلك عليه لا على المشتري، أي يكون مضموناً عليه بالثمن.

٢- المنقول إذا لم يتعارف وقفه لا يجوز وقفه. لأن المنقول لا يتأبّد، والتأبيد مطلوب في الوقف. لكن إذا وقف أحد عقاراً، فإن ما يتبع هذا العقار من المنقولات يكون وقفاً، ولو لم يتعارف وقفه. والسر في ذلك هو أن هذا المنقول قد دخل في الوقف تبعاً، فلا يُشترط فيه ما يُشترط في الموقوف قصداً.

٣- لا يجوز بيع حق الشرب أو حق المرور قصداً، لأنهما من الحقوق المجردة، وهي لا يُعتاض عنها، ولكن يجوز بيعه تبعاً للأرض أو الدار.[٣]

---

١ مجلة الأحكام العدلية، م٥٤

٢ راجع محمد الزرقا، ص٢٩١.

٣ منير القاضي، المرجع السابق، ص١١٦

ـ١٥٥ـ

قاعدة
(يختلف النسخ والتخصيص في أمور جوهرية)

من تتبع بعمق الايات التي عدها المتأخرون من علماء الأصول والمفسرين والباحثين منسوخة يجد انها عامة مخصصة بالآيات التي زعموا انها ناسخة وهم ان أرادوا بالنسخ معناه العام فلا اعتراض على أقوالهم وآرائهم ولهم أجران على اجتهادهم واصابتهم وان أرادوا به معناه الخاص وهو إلغاء السابق باللاحق فإنهم لم يحظوا بالصواب ولهم أجر واحد على اجتهادهم وحسن نواياهم.

ومنشأ الخطأ في هذا الموضوع أمران:

أحدهما: الخلط بين مفهومي النسخ العام والخاص فادعوا النسخ بمعناه الخاص واستدلوا بما ذهب اليه السلف الصالح من القول بالنسخ بمعناه العام وهذا مرفوض منطقياً لانه لا يجوز اثبات الدعوى الخاصة بالدليل العام.

والثاني: الخلط بين النسخ والتخصيص لان ٩٠٪ مما قالوا بأنه منسوخ بمعناه الخاص انما هو من باب التخصيص ولذا رأيت من الضروري بيان أهم الفروق الجوهرية بين النسخ بالمعنى الأصولي الحديث عند المتأخرين والتخصيص لعلّهم يلتزمون جانب الصواب ويتخلصوا من إساءة الادب مع القرآن وهذه الفروق يمكن ارجاعها الى خمسة وعشرين وجهاً[1].

---

[1] لمزيد من التفصيل راجع المراجع الاصولية الاتية: البحر المحيط للزركشي: ٢٤٣/٣ وما بعدها" المعتمد في اصول الفقه لابي الحسين محمد بن علي البصري المعتزلي: ٢٥١/١" روضة الناظر وجنّة المناظر في اصول الفقه الحنبلي لابن قدامة ص٦٨" المحصول في علم الاصول للرازي ج ت٣ ص٩ وما بعدها" الإحكام في اصول الأحكام للآمدي: ٢٤٣/٢ وما بعدها. الابهاج شرح المنهاج للعلامة على عبدالكافي السبكي وولده عبد الوهاب ابن السبكي: ٦٢٥/٢" كشف الاسرار على اصول البزدوي لشيخ الاسلام عبد العزيز البخاري: ٨٩٥/٣ وما بعدها.

١. من حيث الماهية: لكل منهما ماهية مستقلة تختلف عن ماهية الآخر فالنسخ الغاء وحي سابق بوحي لاحق، بينما التخصيص بيان خروج بعض أفراد العام من كونهم مشمولين بحكمه بدليل متصل او منفصل.
٢. من حيث الطبيعة: النسخ إلغاء لما أريد بالنص المنسوخ، أما التخصيص فهو بيان لما لم يقصد بالنص العام فالمنسوخ مطلوب العمل به قبل إلغائه بخلاف المخصص.
٣. الدليل المخصص للنص العام: كما يكون نصاً فقد يكون غير النص كالاجماع والعرف والقياس والمصلحة والعقل، بخلاف النسخ فانه لا يكون إلا بالنص.
٤. النسخ لا يجرى في الأخبار، لأنه يستلزم تكذيب قائلها، بخلاف التخصيص فانه لا يستلزم التكذيب، لأن المخصص لم يكن مرادا إبتداءً.
٥. النسخ لا يجرى في الوعد والوعيد بخلاف التخصيص لان المخصص لم يكن مرادا فلا يلزم تخلف الوعد او الوعيد.
٦. الدليل المخصص قد يكون متصلا بالنص العام كالاستثناء والصفة والشرط وبدل البعض من الكل، وقد يكون منفصلا كتخصيص آية بآية أخرى او بسنة نبوية. بخلاف الناسخ فانه لا يكون الا منفصلا (مستقلا) عن النص المنسوخ لذا اجمع جمهور العلماء على انه لا يجوز جمع الناسخ والمنسوخ بمعناه الاصولي في نص واحد خلافاً لمن زعم ان النسخ قد يكون بالاستثناء او الشرط فعندئذ لا يبقى هذا الفرق بينهما.
٧. النسخ لا يكون إلا بنص متأخر في تشريعه ونزوله عن النص المنسوخ، بخلاف المخصص، فإنه قد يكون متقدماً على العام وقد يكون متأخرا عنه، كما يكون مقارناً معه في التشريع بأن يكونا في نص واحد كالاستثناء والشرط والصفة والغاية وبدل البعض من الكل.
٨. تنسخ الشريعة السابقة بشريعة لاحقة كنسخ الشرائع الالهية السابقة بالشريعة الاسلامية لكن لا يخصص نص عام في شريعة بنص خاص في شريعة اخرى لان التخصيص بيان لما لم يقصد في نفس الشريعة.
٩. التخصيص لا يجري إلا في النص العام، بخلاف النسخ فإنه يجري في النص العام والنص الخاص.
١٠. يجوز التخصيص بدليل أدنى من حيث القوة الملزمة، كتخصيص عموم نصوص

القرآن بأحاديث الآحاد أو الإجماع أو العرف أو القياس أو المصلحة أو العقل، بخلاف النسخ فإنه لا يكون إلا بدليل يكون أقوى من المنسوخ، كنسخ السنة بالقرآن أو يكون مساوياً له كنسخ القرآن بالقرآن والسنة بالسنة.

١١. النسخ لا يكون الا بعد العمل بالمنسوخ عند جمهور العلماء، بخلاف التخصيص فإنه قد يكون بعد العمل به، كما في حالة التخصيص بدليل منفصل اكتشف بعد العمل بالعام، وقد يكون قبل العمل به كما في حالات التخصيص بدليل متصل بالنص العام كالاستثناء والصفة ونحوهما.

١٢. للنسخ بديلٌ غالباً، بخلاف التخصيص، لأن الحكم بالنسبة لما أُخرج من النص العام لم يكن مرادا من الاول حتى يكون لازالته بدل.

١٣. التخصيص لا يلغى العمل بالنص العام فيما عدا ما أُخرج منه بالنص الخاص المخصص، بل ينطبق في الباقي، بخلاف النسخ فإن المنسوخ يُلغى كلّيّاً حيث، لا يوجد الالغاء الجزئي، وتسمية التخصيص الغاءً جزئياً خطأً، لأن الالغاء يكون لما كان مرادا والتخصيص بيان لما لم يكن مراداً.

١٤. التخصيص كما يكون بالقول كالقرآن والسنة القولية، كذلك يكون بالفعل كالسنة الفعلية للرسول(ﷺ)، كافعاله المخصصة للنصوص العامة والمبينة للنصوص المجملة، بخلاف النسخ فإنه لا يكون الا بالقول كنسخ النص بالنص.

١٥. التخصيص تقليل والنسخ تبديل.

١٦. النسخ لا يرد في الأحكام الاعتقادية، لا في الشريعة الاسلامية ولا في الشرائع السابقة، لأن المعتقدات لا تختلف باختلاف الأمم والزمان والمكان، بخلاف التخصيص لأنه بيان لما لم يدخل في المعتقدات ابتداءً.

١٧. النص العام يجوز نسخه كلياً، بحيث لا يبقى منه شيء، بخلاف التخصيص فإنه لا يجوز سريانه على جميع الأفراد المندرجة تحت النص العام، بل يقف عند الحد الادنى وهو اثنان أو ثلاثة على الاختلاف الموجود في أقل الجمع.

١٨. أمهات الأحكام الإلهية التكليفية للأسرة البشرية التي لا تختلف باختلاف الزمان والمكان والأمم، كحرمة الظلم والكذب والقتل بغير حق والسرقة والاغتصاب ونحو ذلك، لا تقبل النسخ في جميع الشرائع الالهية، ولكنها تقبل التخصيص، لأنه بيان لما لم يقصد منها أولا.

١٩. لا يشترط وجود التناقض بين النص العام والنص الخاص، بل يكفي مجرد التعارض الظاهري بين النصين، لأن التخصيص ترجيح للنص الخاص على العمل بالنص العام لرفع التعارض، بخلاف النسخ فإنه لا يكون إلا بين نصين متناقضين لا يمكن الجمع بينهما ولا ترجيح أحدهما على الآخر، لان المتناقضين لا يجتمعان ولا يرتفعان.
٢٠. التخصيص يكون ضمنياً دائماً مبنياً على قيام التعارض الظاهري بين العام والخاص ورفعه بتخصيص الثاني للأول، بخلاف النسخ فانه قد يكون ضمنيا يُفهم من التناقض بين نصين (أو حكمين) لا يمكن الجمع بينهما ولا ترجيح أحدهما على الآخر. وقد يكون صريحا يدل عليه النص كما في قول الرسول(ﷺ): ((كُنْتُ نَهَيْتُكُمْ عَنْ زِيَارَةِ الْقُبُورِ فَزُورُوهَا)) [1] فهذا الحديث يدل صراحة على الغاء تحريم زيارة القبور بجوازها.
٢١. التخصيص لا يرد على الأمر بمأمور واحد ونهي شخص واحد عن منهي عنه واحد، كما في الأحكام الخاصة بالرسول(ﷺ) بخلاف النسخ فانه يتصور فيه ذلك.
٢٢. ثبوت نسخ القرآن بالقرآن لا يكون إلاّ بالتواتر، لأن كل آية منه ثابتة به وما ثبت بالتواتر لا يزول إلا به، لأن اليقين لا يُرفع الا باليقين، بخلاف التخصيص.
٢٣. اختلف العلماء في جواز العمل بالنص العام قبل البحث عن المخصص له، لأنه ما من عام إلا وهو قابل للتخصيص ما لم يقم دليل على خلاف ذلك، بخلاف النسخ فإنه يجب العمل بالمنسوخ حتى يثبت نسخه.
٢٤. التخصيص يكون على الفور ولا يجوز تأخيره، لأنه بيان، بخلاف النسخ فإنه يكون على التراخي لأنه الغاء لما قرر العمل به.
٢٥. النسخ لا يكون إلاّ في حياة الرسول(ﷺ)، بخلاف التخصيص، فإن النص العام قد يقبل التخصيص في عصر من العصور لضرورة أو مصلحة مستحدثة بعد وفاة الرسول(ﷺ) تستوجب التخصيص، لأن نصوص القرآن خالدة من حيث هي، لا تقبل التعديل والتغيير، لكن قد يطرأ التعديل على تطبيقها إذا لم يكن النص قطعي الدلالة على الحكم.[2]

---

[1] صحيح. رواه مسلم (٩٧٧)، وتمامه: "ونهيتكم عن لحوم الأضاحي فوق ثلاث، فأمسكوا ما بدا لكم، ونهيتكم عن النبيذ إلا في سقاء فاشربوا في الأسقية كلها. ولا تشربوا مسكرا ".
[2] لمزيد من التفصيل يراجع مؤلفنا (التبيان لرفع غموض النسخ في القرآن) ص٨٣-٨٨

ـ١٥٦ـ

قاعدة

(اليَقِينُ لَا يَزُولُ بِالشَّكِّ)[1]

الصواب:

(اليقين لا يرتفع إلا باليقين)

وهذه القاعدة انتشرت خطأ، لأن مضمونها أن اليقين هو الإعتقاد الجازم الثابت المطابق للواقع، هو من أعلى درجات العلم الأخرى التي هي الجهل المركب والتقليد والظن والوهم والشك والتخيل، ومن البدهي أن مراتب العلم بالمعنى الأعم وهو مطلق الإدراك في ضوء المنطق والفلسفة هي الآتية حسب التسلسل التنازلي في درجة القوة:

أ- اليقين وهو الاعتقاد الجازم الثابت المطابق للواقع، كالإيمان بأن الله موجود.

ب- الجهل المركب وهو الاعتقاد الجازم الثابت غير المطابق للواقع كاعتقاد الملحد بأن الكون من صنع الطبيعة، وهو يجهل الحقيقة ويجهل أنه يجهلها، وبذلك يكون في جهلين.

ج- التقليد وهو الاعتقاد الجازم غير الثابت، لأن المقلد قد يغير تقليده إذا وجد رأياً آخر أقوى من رأي مقلَّده. والتقليد في الإصطلاح الفقهي أخذ الرأي أو الحكم من الغير دون معرفة دليله.

د- الظن وهو الاعتقاد غير الجازم الراجح، أي الطرف الراجح بأن يعتقد رجحان أحد الطرفين المعلوم بوجود مرجح يرجحه على الطرف الآخر الذي يُسمى وهماً. كظن الطالب النشيط ٩٠٪ بالنجاح في امتحانه مع تصور رسوبه ١٠٪ وهو الوهم.

هـ- الوهم وهو الطرف المرجوح المقابل للظن كتصور الطالب النشيط لعدم نجاحه ١٠٪ مع ظنه بالنجاح ٩٠٪.

[1] مجلة الأحكام العدلية، م٤.

و- الشك وهو التردد بين شيئين دون وجود مرجح يُرجح أحدهما على الآخر، كشك علماء الفضاء في وجود مقومات الحياة على الكواكب الأخرى مثل كوكب المريخ في الوقت الحاضر.

ز- التخيل وهو الطرف المقابل لليقين كتصور اجتماع النقيضين أو ارتفاعهما رغم يقينه بأن كلاً من الاجتماع والارتفاع مستحيل من الناحية العملية.

فمراتب العلم بمعنى مطلق الإدراك سبعة، فاليقين أعلاها، والتخيل أدناها، واليقين لا يزول بغير اليقين من الدرجات الست الباقية.

وبناءً على ما ذكرنا يتبين بوضوح أن قاعدة (اليقين لا يزول بالشك) خاطئة، فيجب تعديلها بالآتي: (اليقين لا يرتفع إلا باليقين).

ومن مصادر هذه القاعدة في القرآن الكريم الآيات الآتية:

١- قوله تعالى: ﴿وَمَا يَتَّبِعُ أَكْثَرُهُمْ إِلاَّ ظَنّاً إِنَّ الظَّنَّ لاَ يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئاً إِنَّ اللّهَ عَلَيمٌ بِمَا يَفْعَلُونَ﴾[١].

٢- قوله تعالى: ﴿...إِن يَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنَّ وَمَا تَهْوَى الْأَنفُسُ وَلَقَدْ جَاءهُم مِّن رَّبِّهِمُ الْهُدَى﴾[٢].

٣- قوله تعالى: ﴿وَمَا لَهُم بِهِ مِنْ عِلْمٍ إِن يَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنَّ وَإِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئاً﴾[٣].

---

[١] يونس: ٣٦
[٢] النجم : ٢٣
[٣] النجم:٢٨

-١٥٧-

قاعدة
(يُتَحَمَّلُ الضَّرَرُ الخَاصُّ لِدَفْعِ ضَرَرٍ عَامٍّ)[1]

على سبيل المثل:

١- يجوز إستملاك عقار الغير رغم إرادته لمصلحة عامة، شريطة دفع تعويض عادل له.

٢- يجوز اتلاف الأدوية المنتهية صلاحيتها حماية للصحة العامة، أي يُتحمل ضرر صاحب الأدوية لدفع الضرر الناتج عن استعمالها.

٣- يجوز اتلاف الأغذية غير صالحة لُستعمال بسبب انتهاء صلاحيتها للأستهلاك، وذلك لدفع ضرر المستهلكين.

٤- يجوز هدم الأبنية الآيلة إلى السقوط رغم عدم رضاء صاحبها، وذلك لحماية أرواح الناس واموالهم التي تتعرض للضرر جراء سقوط تلك الأبنية.

---

[1] مجلة الأحكام العدلية، م٢٦

-١٥٨-

قاعدة

(يُضَافُ الفِعْلُ إلَى الفَاعِلِ لا الآمِرِ مَا لَمْ يَكُنْ مُجْبَرًا)[1]

الصواب:

(يُضاف الفعل إلى الآمر والمنفذ في المسؤولية الجنائية)

أي لو أمر شخصٌ شخصاً آخر بالقيام بالاعتداء على ثالث، فضمان آثار الاعتداء من الناحية المدنية يكون على الفاعل لا الآمر، وذلك لأن الفاعل مباشر والضمان يكون على المباشر دون المسبب ما لم يكن أقوى منه. وقد شرحنا هذا الموضوع في قاعدة (إذا اجتمع المباشر والمسبب، يُنسب الفعل إلى المباشر)، وأثبتنا خطأ هذه القاعدة. وأن الصواب هو أن يقال: (إذا اجتمع المباشر والمسبب، يُنسب الحكم إلى الأقوى منهما، وإذا تساويا تساويا في المسؤولية).

أما بالنسبة للمكرَه في جرائم الاعتداء على النفس وما دون النفس، فقد اختلف الفقهاء في المسؤول عن الجريمة كما في التفصيل الآتي:

أ- في الفقه المالكي[2] "من أسباب القتل الإكراه، وهو نسبة بين المكرِه والمكرَه، فيُقتل المكرِه (بكسر الراء) لتسببه والمكرَه (بفتح الراء) لمباشرته، إن لم يُمكنه مخالفة الآمر خوف قتله. وإذا أمكنه ذلك فيُقتص من المكرَه (بفتح الراء) وحده."

ب- في الفقه الحنفي[3] "أما المكرَه على القتل فإن كان الإكراه تاما فلا قصاص عليه عند أبي حنيفة ومحمد، ولكن يُعزّر ويجب الاقتصاص على المكرِه (بكسر الراء). والعقوبة التعزيرية هي عقوبة تحددها السلطة التشريعية الزمنية من السجن والحبس أو الغرامة المالية.

---

١ مجلة الأحكام العدلية، م٨٩

٢ شرح الخرشي ٩/٨

٣ بدائع الصنائع ٤٤٨٨/٩

وعند زفر من الحنفية يجب القصاص على المكرَه (بفتح الراء) دون المكرِه."[1]

ج- في الفقه الشافعي[2] "ولو أكره على قطع أو قتل شخص بغير حق كأقتل هذا وإلا قتلتك، فقَتَلَهُ، فعلى المكرِه (بكسر الراء) ولو إماما أو متغلباً القصاص. وكذا على المكرَه (بفتح الراء) ما لم يكن أعجمياً يعتقد وجوب طاعة كل آمر أو مأمور الإمام أو زعيم البغاة لم يعلم ظلمه بأمره بالقتل".

د- في الفقه الحنبلي[3] "يجب القصاص على المكرِه والمكرَه جميعاً، وبهذا قال مالك بوجوبه على المكرِه (بكسر الراء) لأنه تسبب إلى قتله، فأشبه ما لو ألقاه على أسد في زُربية، ووجوبه على المكرَه لأنه قتله ظلماً لاستبقاء نفسه، فأشبه ما لو قتله في المخمصة ليأكله. وقولهم إن المكرَه مُلجاءً غير صحيح، فإنه متمكن من الامتناع."

هـ- وفي فقه الشيعة الإمامية[4] "لو أكرهه على القتل فالقصاص على المباشر لأنه فاعل عمداً ظلماً، ويتفق معهم الشيعة الزيدية."[5]

و- وفي الفقه الظاهري[6] "والإكراه على الفعل ينقسم إلى قسمين، أحدهما كل ما تُبيحه الضرورة كالأكل والشرب، فهذا يبيحه الإكراه ضرورةً، فمن أكره على شيء من هذا فلا شيء عليه. والثاني ما لا تبيحه الضرورة كالقتل والجراح والضرب وإفساد المال، فهذا لا يُبيحه الإكراه، فمن أُكره على شيء من ذلك لزمه القود والضمان، لأنه أتى مُحرماً عليه إتيانه". ويُلاحظ أن لفظ تُبيح أو يُبيح في كلام الظاهرية يجب تبديله بتُجيز أو يُجيز.

ويُستنتج من هذه الآراء لجميع المذاهب الإسلامية أن القاعدة المذكورة يجب أن تُعدل بالآتي:

(إذا اجتمع المباشر والمسبب، يُنسب الحكم إلى الأقوى منهما، وإذا تساويا تساويا في المسؤولية) سواء كانت المسؤولية مدنية أو جنائية.

---

١ في حاشية ابن عابدين ٤/١٣٧ (وقال زفر: يقاد الفاعل لأنه المباشر).

٢ تحفة المحتاج ٨/٣٨٨

٣ المغني لابن القدامة ٧/٦٤٥

٤ الروضة البهية شرح اللمعة الديشقية، ٢/٢٩٩

٥ المنتزع المختار شرح الأزهار لأبن الحسين بن عبدالله ٤/٤١٠.

٦ المحلى لابن حزم ٨/٢٢٢

-١٥٩-

قاعدة

(يحرم كنز الذهب والفضة وكل عملة تحل محلهما في التعامل والتداول)

مضمون القاعدة أن كل معدن نفيس كالذهب والفضة وأن كل نقد متداول في المعاملات المالية كالعملة الورقية أو المعدنية يكون كنزه وعدم استثماره في التنمية الإقتصادية أو الإجتماعية محرّم، لأنه يُضرّ بالفرد والمجتمع، ويكون حجر عثرة أمام التطور الإقتصادي.

ومصدر هذه القاعدة قوله تعالى: ﴿..وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلاَ يُنفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللّهِ فَبَشِّرْهُم بِعَذَابٍ أَلِيمٍ﴾ والمراد بالإنفاق في سبيل الله هو استثمارها استثمارا مشروعاً يؤدي إلى تحقيق مصالح شخصية أو مصالح عامة من الناحية الإقتصادية والإجتماعية. [٣]

---

[١] التوبة : ٣٤

-١٦٠-

قاعدة

(ينفسخ عقد البيع تلقائياً باستحالة تنفيذه)[١]

شروط استحالة التنفيذ :

لاعتبار الاستحالة سببا من أسباب الانفساخ يجب أن تتوفر فيها شروط منها مايأتي:

١. تحقق ماهية الاستحالة بمفهومها القانوني أو الشرعي بأن يصبح التنفيذ غير ممكن بأية طريقة متيسرة، أما اذا كان التنفيذ أمرا ممكنا ولكنه كان مرهقا، فعندئذ يدخل الموضوع في باب نظرية الظروف الطارئة، فيلجأ الى تعديل التزامات المتعاقدين عن طريق القضاء[١] ولا ينفسخ العقد غالبا ما دام هناك طريقة اخرى لإزالة الضرر القائم أو المتوقع.
٢. أن تكون الاستحالة موضوعية ترجع الى موضوع الالتزام، بحيث يستحيل القيام به، فلا تكفي الاستحالة الشخصية، وهي التي ترجع الى ظروف المدين الاقتصادية[٢].
٣. أن تكون الاستحالة مطلقة لا نسبية، وهلاك المبيع قبل التسليم لا يؤدي الى الاستحالة المطلقة اذا كان مالا مثليا، وبالتالي لا ينفسخ العقد لإمكان تسليم مثل الهالك[٣].

---

[١] نظرية الإلتزام برد غير مستحق، دراسة مقارنة، للمؤلف، ص١٧٥ وما يليها.

[٢] ومن تطبيقاته القضائية ما أقرته محكمة التمييز بقرارها المرقم ١٧٩و١٨٠/ مستعجل/٨٠ في ١٩٨٠/٨/٢٤ من انه: (ليس للمقاول أن يتوقف عن العمل بحجة ان الالتزام أصبح مرهقا للظروف الطارئة بل له طلب التعويض اذا كان له موجب) نقلا عن مشاهدي المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز قسم القانون المدني ٣٥٤/١.

[٣] الاستاذ حجازي، النظرية العامة للالتزام، ٣٥٤/١.

[٤] ومثل الشيء ما يكون مساويا له صورة ومعنى.

٤. أن تكون الاستحالة ناتجة عن عمل أجنبي (قوة قاهرة)، فاذا كانت بفعل المدين فان للدائن طلب التعويض عما أصابه من ضرر.
وإن كانت بفعل المشتري ففعله يعتبر قبضا ويكون الهلاك عليه بلا خلاف.
واذا كانت بفعل شخص ثالث يخير المشتري بين طلب الفسخ أو الرجوع على هذا الثالث أو على البائع.

٥. أن تكون الاستحالة بعد إبرام العقد، فإذا استحال وجود المعقود عليه قبل العقد كان العقد باطلا[1].

٦. أن تكون الاستحالة كلية بأن يكون الهلاك كليا، فان كان جزئيا[2] فالاستحالة تكون جزئية، لا تؤدي الى زوال العقد الكلي بانفساخه كليا، وانما يخير المشتري بين الفسخ أو تنقيص الثمن[3] اذا لم يكن محل العقد قابلا للانقسام.
وجدير بالذكر أنه لا فرق بين الهلاك الحسّي والهلاك الحكمي، كوقوع درة في بحر لم يُرجَ اخراجها، وانفلات طير لا ترجى عودته، وغصب مال أو سرقته لا يرجى الحصول عليه في المستقبل أو معرفة الجاني[4].

٧. أن يثبت المدين ان استحالة التنفيذ ترجع الى سبب أجنبي لا يد له فيه، لأن الاستحالة لسبب أجنبي صفة عارضة والأصل عدمها، فإثبات كل ما يخالف الأصل يقع على من يدّعيه، واذا لم يستطع إثبات ذلك حكم عليه بالتعويض، لكن يستطيع الدائن في هذه الحالة أن يطلب الفسخ بدلا من التعويض، وعلى القاضي استجابة الطلب لأن التنفيذ أصبح مستحيلا.

---

[1] الأستاذ حجازي المرجع السابق بند ٨٥٦.
الأستاذ عبد المجيد الحكيم ، الوجيز في القانون المدني (العراقي)، ص١٧٨.

[2] أي اذا كان موضوع (محل) الالتزام قابلا للانقسام كان الانفساخ جزئيا، الأستاذ صلاح الدين الناهي، محاضرات في الكسب دون السبب: ص٨٢.

[3] الأستاذ حجازي المرجع السابق ١٠٩١/١ بند ٨٥٦.
حاشية شهاب الدين القليوبي على منهاج الطالبين للشيخ محي الدين النووي ٢١١/٢.

[4] حاشية ابن عابدين ٥٦٦/٤ المدني العراقي م١٢٧ والمصري م١٣١ والسوري م١٣٣ والأردني م٩٣.

أنواع الاستحالة :

تنقسم الاستحالة من حيث طبيعتها الى أنواع أهمها:

أولا- الاستحالة المادية

كما في الصور الآتية:

أ. كون العقد منصبا على ترميم عمارة فتنهار قبل الترميم.

ب. إقامة بناء على بناء سابق فينهار السابق قبل بناء اللاحق.

ج. وجود عيب خفي[1] في محل العمل يمنع بناء المشروع أو يهدده بالانهيار كالمياه الجوفية، أو وجود مواد كيمياوية تتفاعل مع البناء فيؤدي الى انهياره[1].

د. وجود عيب في التصميم وواضع التصميم هو المسؤول عن النتائج سواء كان مهندسا أو مقاولا أو رب العمل.

ثانيا- الاستحالة الشخصية:

كموت مقاول أو طبيب أو فنان كانت شخصيته محل اعتبار لمؤهلاته الذاتية أو المكتسبة كالشهادة والسمعة الحسنة. أما اذا لم تكن شخصيته محل اعتبار فيمكن إكمال المشروع أو البناء أو العملية من قبل شخص آخر من ورثة المتوفي يحل محله، واذا لم يتمكنوا فلهم طلب الفسخ من القاضي[1].

وجدير بالذكر أنه لا يوجد معيار موضوعي للتمييز بين من تكون شخصيته محل اعتبار أو لا، وانما يخضع ذلك لسلطة قاضي الموضوع التقديرية.

وعجز المقاول او الفنان أو نحوهما قبل التنفيذ يكون بمثابة الموت[1]. وعلى سبيل المثال، المقاول الذي يصاب بمرض يحول دون تنفيذ ما تعهد به، ليس له أن يطالب صاحب العمل بشيء، وعليه أن يرد ما حصل عليه مقدما اذا لم يقم بما يقابله من العمل.

---

[1] العيب الخفي هو الذي لا يكن كشفه بالفحص الاعتيادي.

[2] المدني العراقي م٨٧٠.

[3] السنهوري، الوسيط ٢٦١/٧.

[4] المدني المصري م٦٦٦ والسوري م٦٣٢ والسويسري م٣٧١.

ثالثا- الاستحالة القانونية:

وهي التي يكون عدم إمكان تنفيذ الالتزام بمقتضى القانون، كاستملاك العقار الذي ينوي صاحبه البناء عليه، أو بأن يكون المقاول خاضعا للخدمة الإلزامية سيق الى الخدمة العسكرية أو سحبت منه إجازته.

آثار الانفساخ

تترتب على انفساخ العقد آثار متعددة منها ما يأتي:

أولا- زوال العقد وآثاره من الحقوق والالتزامات، فيعد العقد كأن لم يكن، والعقد سبب لآثاره كما في الفقه الإسلامي، أو مصدر لها كما في القانون، ومن البدهي ان المسبب يزول بزوال سببه أو مصدره[1].

ثانيا- يكون زوال الآثار بالأثر الرجعي أي من تأريخ ابرام العقد بشرطين:

أحدهما: أن يكون الانفساخ بقوة قاهرة[2] قبل القبض، سواء كان العقد فوري التنفيذ أو مستمر التنفيذ.

والثاني: الا يكون العقد من عقود المدة، اذا كان الانفساخ بعد القبض[3].

ثالثا- انتفاء المسؤولية العقدية للمدين بالنسبة للتنفيذ، وكذا انتفاء المسؤولية التقصيرية بالنسبة للتعويض لعدم خطأ المدين، والخطأ عنصر رئيس في كل مسؤولية، لكن يبقى مسؤولا عن تحمل التبعة (تبعة هلاك العقد أو هلاك الشيء أو كليهما) على أساس آخر غير الخطأ، كما يأتي في بيان تحمل التبعة.

رابعا- عدم الحاجة الى تدخل القضاء وما يتعلق به من الإنذار أو رفع الدعوى أو السلطة

---

[1] م١٧٩ عراقي و م١٥٩ مصري و م١٦٠ سوري و م١٦١ ليبي و م٢٤٣ لبناني.

[2] القوة القاهرة هي أمر لا يستطيع الإنسان أن يدفعه كالظواهر الطبيعية (الفيضان والجفاف والجراد والعواصف والحرائق والزلزال...) وكالحوادث البشرية القاهرة كالحروب وغارات العدو وأفعال السلطة العامة التي من شأنها أن تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ولا يعد من القوة القاهرة الأمر الذي كان من الممكن دفعه ما لم يقم المدين الدليل على انه بذل ما في وسعه لدرئه ولم يتمكن من ذلك. وكذلك لا يعد من القوة القاهرة السبب الذي ينتج عن خطأ سابق من المدين.

[3] والا فيعتبر الأثر من تاريخ الانفساخ في عقد الإجارة إذا هلكت العين المستأجرة قبل القبض أو بعده قبل انقضاء مدة الإيجار فتسقط الأجرة بالنسبة لما بعد الهلاك ويكون للمؤجر أجر ما استوفى من المنفعة.

التقديرية للقاضي.

وبتعبير آخر تلقائية الانفساخ تكون بحكم القانون، فليس للقاضي دور في إنشاء الانفساخ أو إقراره.

لكن قد يلجأ في حالة الانفساخ الى القضاء إذا حصل النزاع بين الدائن والمدين بالنسبة لاستحالة التنفيذ وتوافر شروطها وعدم تدخل يد المدين فيها وغير ذلك[1].

خامسا- من أهم المسائل المتعلقة بآثار الانفساخ الخلاف في مسألة تحديد الطرف الذي يتحمل تبعة الهلاك من الدائن أو المدين[2]. وهذه المسألة خلافية بين الفقهاء في فقه القانون وفي الفقه الإسلامي.

التمييز بين تبعة الشيء وتبعة العقد:

أ. المقصود بتبعة الشيء: هي الخسارة التي تتمثل في ضياع قيمة الشيء بهلاكه بقوة قاهرة، وهذا الشيء هو محل العقد وموضوع الالتزام، كهلاك المبيع قبل التسليم وهلاك العين المستأجرة قبل انقضاء مدة الإجارة، سواء كان الهلاك قبل التسليم أو بعده.

ب. والمراد بتبعة العقد: تحمل الخسارة التي تترتب على زوال العقد، وعلى سبيل المثل عقد الوديعة باجر مقابل الحفظ اذا هلكت الوديعة (المال المودع) بقوة قاهرة تحمل المودع خسارة هذا الهلاك دون المودع عنده، كما يتحمل المودع عنده تبعة العقد فلا يحق له المطالبة بالأجر بعد الهلاك.

وجدير بالذكر ان من يتحمل تبعة العقد لا يتحمل تبعة الشيء كما في المثال المذكور، لكن في بعض العقود يتحملهما شخص واحد كعقد الإيجار، فإذا هلكت العين المستأجرة قبل التسليم أو بعده، يتحمل المؤجر خسارة هلاك العين فتهلك عليه لأنه مالكها، كما يتحمل خسارة زوال العقد حيث لا يستحق الأجرة بعد هلاك العين المستأجرة.

---

[1] الشرقاوي المرجع السابق: ص٣٣٥.

[2] الأستاذ السنهوري ٨١٨/١ وما يليها د.أبو ستيت بند ٣٨٧

د.أنور سلطان: ص٣٧١ وما يليها — د.مرقس: ص٣١٧ وما يليها، بند ٢٤٢ وما يليه

الأستاذ الصدة: ص٤٠٧ بند ٣٨١ — الأستاذ إسماعيل غانم: ص١٩٤ وما يليها

د.محمود جمال الدين زكي ٢٠٤/١ ومايليها — د.توفيق حسن فرج ٣٠٣/١ وما يليها

الشرقاوي ٤١٠/١.

موقف الفقه الاسلامي من تحديد الطرف الذي يتحمل تبعة الهلاك:

انقسم فقهاء الشريعة بالنسبة لتحديد الطرف الذي يتحمل تبعة هلاك المبيع قبل التسليم الى اتجاهين، اتجاه ربط تبعة الهلاك بالملكية أي ان المال المملوك اذا هلك هلك على مالكه. بينما ذهب إتجاه جمهور فقهاء الشريعة الى ربطها بالتسليم[٢].

ومن أنصار الاتجاه الأول فقهاء الظاهرية، قال ابن حزم (رحمه الله) في كتابه المحلى[٣]: (كل بيع صح ثم هلك المبيع إثر تمام البيع فمصيبته من المبتاع[٤] وكذلك كل ما عرض فيه من عيب أو نقص سواء في كل ذلك كان المبيع غائبا أو حاضرا الى آخره).

ومن أنصار الاتجاه الثاني فقهاء الحنفية، في مرشد الحيران للمرحوم محمد قدري باشا (رحمه الله) المادة (٤٦٠): (اذا هلك المبيع عند البائع بفعله أو بفعل المبيع أو بآفة سماوية بطل البيع[٥] ويرجع المشتري على البائع بالثمن اذا كان مدفوعا).

واضافة الى الاتجاهين المذكورين ذهب بعض الفقهاء كالمالكية[٥] والشافعية[٦] والأباضية[٧] الى تفصيل عقيم لم أجد فائدة عملية فيه وبوجه خاص في هذا العصر المتطور اقتصاديا، كالتفرقة بين كون المبيع عبدا أو جارية وكونه ثمرا أو نحو ذلك، لذا أهملت هذا التفصيل.

ويُفهم من كلام الحنابلة ان محل العقد اذا كان مثليا فتبعة الهلاك على البائع، واذا كان قيميا فعلى المشتري[٨]، ويتفق الامامية مع الحنفية في أن المدين هو الذي يتحمل تبعة

---

[١] وجدير بالذكر ان هذا الاختلاف لا يجري في عقد الاجارة حيث اذا هلكت العين المستأجرة هلكت على مالكها بلا خلاف وانما الخلاف في عقد البيع.

[٢] ٣٧٩/٨ بند ١٤٢١.

[٣] أي على المشتري ولا رجوع له على البائع بما دفعه له من الثمن.

[٤] أي انفسخ تلقائيا.

[٥] ومن المراجع المعتمدة في فقه المالكية ينظر الشرح الصغير للدردير ١٩٥/٣ وما يليها.

[٦] ومن المراجع المعتمدة في فقه الشافعي ينظر المهذب لأبي اسحق الشيرازي ٢٩٦/١.

[٧] شرح كتاب النيل وشفاء العليل ٥١٤/٨.

[٨] في المغني لإبن قدامة (٥٦٩/٣): (اذا تلفت السلعة في مدة الخيار "أي خيار المجلس" فلا يخلو أما ان تكون قبل القبض أو بعده، فان كان قبل القبض وكان مكيلا أو موزونا انفسخ البيع وكان من مال البائع، ولاأعلم في هذا خلافا، الا أن يتلفه المشتري فيكون من ضمانه ويبطل خياره. وان كان المبيع غير المكيل والموزون ولم يمنع المشتري من قبضه، فظاهر المذهب انه من ضمان المشتري ويكون كتلفه بعد القبض).

الهلاك مطلقا سواء كان المحل مثليا أو قيميا[١].

أما آثار الانفساخ لسبب أو آخر غير هلاك المبيع قبل التسليم بما أنها نفس الآثار التي تترتب على إبطال العقد في الفقه الاسلامي في حالات بقاء محل العقد وإعادة كل من العوضين لصاحبه قبل التعاقد.

الراجح فيما يتعلق بتحديد الطرف الذي يتحمل تبعة الهلاك:

ومن وجهة نظرنا ان الرأي الراجح العادل هو أنه في عقد البيع اذا هلك المبيع قبل التسليم بسبب أجنبي (قوة قاهرة) تحمل المتعاقدان تبعة الهلاك مناصفة.

أما تحمل البائع لنصف التبعة فلأنه رغم تنفيذ التزامه الرئيس وهو نقل ملكية المبيع الى المشتري، الا انه لم ينفذ التزامه الثاني الذي يلي الالتزام الأول في الأهمية وهو التسليم، ولأن ملكية ا لمشتري لا تتم كاملة الا بعد التسليم.

وأما تحمل المشتري فلأنه أصبح مالكا للمبيع رغم عدم تمام هذه الملكية قبل تسلمه له، وبهذا يجمع بين الأساسين المذكورين لتحمل التبعة أساس ربط التحمل بالتسليم وأساس ربطه بالملكية.

اضافة الى ما في هذا الحكم من العدالة وعدم إلقاء الثقل الكامل على أحد العاقدين وحده، وفي القول أن المدين (البائع) هو الذي يتحمل التبعة فيه شائبة الظلم، حيث يخسر الثمن والمبيع في وقت واحد دون أن يكون له أي تقصير أو ذنب.

وتحمل الدائن (المشتري) لتبعة الهلاك تحملا كاملا أيضا فيه نفس الشائبة، لأنه يدفع الثمن كاملا مقابل لا شيء.

والقول بتحمل العاقدين تبعة الهلاك مناصفة نصّت عليه المادة (٦٤٩)[١] من المشروع الذي أعد عام ١٩٨٥ للقانون المدني العراقي، ولكنه لم يرَ النور لحد الآن، ولم أجد المصدر الذي نُقل منه هذا الحكم.

ربِّ زدني علما وألحقني بالصالحين

---

[١] الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للعاملي ٣٣٦/١.

[٢] نصّ المادة (٦٤٩):-

اولا- اذا هلك المبيع هلاكا كليا أو جزئيا بسبب أجنبي قبل تسليمه الى المشتري تحمل المتعاقدان تبعة الهلاك مناصفة ما لم يوجد نص أو اتفاق يقضي بغير ذلك.

ثانيا- اذا حصل الهلاك بعد إعذار المشتري بتسلم المبيع تحمل المشتري وحده تبعة الهلاك.